Wilmer Carmona

Manual de Derecho Romano

5ta Edición

Manual de Derecho Romano
Ulmer Carmona

Reservados todos los Derechos
Propiedad del Autor

ISBN 978-980-12-4830-9
Depósito Legal N° if 2522013340747

Diseño y Diagramación
Roxana Rodríguez

Revisión y Corrección
María Enriqueta Gallegos

Portada
Roxana Rodríguez

Impresión
Litografía Melvin OOC.A.
Rif. N° J-00064674-0

Índice

Pág.

ORÍGENES DE ROMA 7
ORGANIZACIÓN POLÍTICA 7
LA MONARQUÍA 8
OTRAS MAGISTRATURAS ROMANAS 8
LA REPÚBLICA 9
EL IMPERIO 10
FIN DEL IMPERIO 11
ORGANIZACIÓN SOCIAL 12

CAPÍTULO I

EL DERECHO ROMANO 15
GENERALIDADES EN TORNO AL DERECHO ROMANO 15
EVOLUCIÓN HISTÓRICA 16
CARACTERÍSTICAS ESENCIALES 17
CONCEPTOS ROMANOS DEL DERECHO 18
DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO 18
DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO 19
DERECHO NATURAL, DERECHO CIVIL Y DERECHO DE GENTES 19
DERECHO COMÚN Y DERECHO SINGULAR 20
LOS *TRIA PRAECEPTA IURIS* 20
JUSTICIA 21
JURISPRUDENCIA 22
IMPORTANCIA Y UTILIDAD DEL DERECHO ROMANO 22
AUTOEVALUATIVO 24

CAPÍTULO II

EL SUJETO DE DERECHO 27
CONCEPTO DE PERSONA 29
CLASES DE PERSONAS 29
LA PERSONA FÍSICA O NATURAL. REQUISITOS 30
LA CAPACIDAD JURÍDICA 30
CAPACIDAD DE GOCE 31

Pág.

CAPACIDAD DE EJERCICIO 31
LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO 31
CATEGORÍAS QUE DETERMINAN LA CAPACIDAD JURÍDICA 34
STATUS LIBERTATIS 35
CONDICIÓN DEL ESCLAVO 36
FORMAS DE SALIR DE LA ESCLAVITUD 37
STATUS CIVITATIS 39
STATUS FAMILIAE 42
EXTINCIÓN O PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA 43
LA PERSONA JURÍDICA O COLECTIVA 44
PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO 45
PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO 45
AUTOEVALUATIVO 47

CAPÍTULO III

DERECHO DE FAMILIA 51
RELACIONES Y DERECHOS FAMILIARES EN EL DERECHO ROMANO 53
LA FAMILIA ROMANA. 53
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA ROMANA 54
EL PARENTESCO 54
LA PATRIA POTESTAD 56
CONCEPTO 56
CARACTERÍSTICAS 56
MODOS COMO UN CIUDADANO ROMANO QUEDABA SOMETIDO A LA PATRIA POTESTAD 57
FILIACIÓN LEGÍTIMA 57
CONVENTIO IN MANUM 58
LA ADOPCIÓN (ADOPTIO) 58
LA ADROGATIO 59
LA LEGITIMACIÓN 59

Pág.

MODOS DE SALIR DE LA POTESTAD 60
EFECTOS PERSONALES DE LA PATRIA POTESTAD 61
EFECTOS PATRIMONIALES DE LA PATRIA POTESTAD 61
EL MATRIMONIO ROMANO 63
CONCEPTO 63
CARACTERÍSTICAS 63
REQUISITOS 64
LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES 65
EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO .. 66
LA DOTE 67
DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO 69
LAS UNIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES 72
LA TUTELA 74
LA CURATELA 77
LA TUTELA Y LA CURATELA BAJO LA VISIÓN DEL DERECHO ROMANO Y DEL DERECHO VENEZOLANO 79
AUTOEVALUATIVO 81

CAPÍTULO IV

DERECHO SUCESORAL 83
LA SUCESIÓN 85
CLASES DE SUCESIONES 85
HERENCIA O HEREDITAS 87
DIFERENCIAS ENTRE LA *HEREDITAS* Y LA *BONORUM POSSESSIO* 87
REQUISITOS DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA 88
SUCESIÓN TESTAMENTARIA: EL TESTAMENTO 88
LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO 91
CLASE DE HEREDEROS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA 93
REQUISITOS PARA ACEPTAR O REPUDIAR LA HERENCIA 94
FORMAS DE HACER LA ADICIÓN Y LA REPUDIACIÓN 94
EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA 95

Pág.

DERECHOS Y BENEFICIOS DEL HEREDERO 95
EL LEGADO 95
CLASES DE LEGADOS 96
ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS 97
OBJETO DE LOS LEGADOS 97
EL CODICILO 98
SUCESIÓN *AB INTESTATO* 99
ADJUDICACIÓN DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA 100
INFLUENCIA DEL ORDEN DE SUCEDER JUSTINIANEO SOBRE EL ORDEN DE SUCEDER ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO 102
AUTOEVALUATIVO 105

CAPÍTULO V

EL NEGOCIO JURÍDICO 107
DOCTRINA DEL NEGOCIO JURÍDICO ... 109
CONCEPTO DE HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS 109
EL NEGOCIO JURÍDICO. CONCEPTO 110
CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS 110
AUTOEVALUATIVO 127

CAPÍTULO VI

DERECHOS REALES: SUS DEFENSAS Y GARANTÍAS 129
LOS DERECHOS REALES 131
CONCEPTO 131
CARACTERÍSTICAS 132
TIPOS DE DERECHOS REALES 132
LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN 132
LA POSESIÓN 138
CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS 138
NATURALEZA JURÍDICA 139
CASOS ANÓMALOS DE POSESIÓN 139
ELEMENTOS DE LA POSESION 140
CLASES DE POSESIÓN 140
LA PROPIEDAD. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS 144

Pág.

SUJETOS Y OBJETO DE LA PROPIEDAD 145
TIPOS DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO 145
LA COPROPIEDAD 146
EFECTOS DE LA COPROPIEDAD 147
LIMITACIONES A LA PROPIEDAD 147
LIMITACIONES DE DERECHO PÚBLICO 148
LIMITACIONES POR RAZONES DE VECINDAD 148
MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD 149
MODOS ORIGINARIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD 149
MODOS DERIVATIVOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD 151
LA *TRADITIO* 152
LA USUCAPIO 153
DEFENSA DE LA PROPIEDAD 155
DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA 157
DERECHOS REALES DE GOCE 157
DERECHOS REALES DE GARANTÍA 163
AUTOEVALUATIVO 167

CAPÍTULO VII

DERECHO DE OBLIGACIONES 171
GENERALIDADES 173
LA OBLIGACIÓN 173
ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN 174
CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN LA EFICACIA DEL VÍNCULO 175
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES NATURALES 177
LAS OBLIGACIONES NATURALES IMPROPIAS 177
CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN SUS SUJETOS 178
CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN SU OBJETO 181
AUTOEVALUATIVO 184

Pág.

CAPÍTULO VIII

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES 187
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES 189
CONCEPTO E IMPORTANCIA 189
EL CONTRATO. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA 190
CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS 192
CONTRATOS *VERBIS* 192
LA *SPONSIO* 192
LA *STIPULATIO* 192
DICTIO DOTIS 193
CONTRATOS *LITTERIS* 194
CONTRATOS REALES 195
EL MUTUO 195
EL COMODATO 196
EL DEPÓSITO 197
LA PRENDA 199
CONTRATOS CONSENSUALES 200
LA COMPRAVENTA (*EMPTIO-VENDITIO*) 200
EL ARRENDAMIENTO (*LOCATIO-CONDUCTIO*) 203
LA SOCIEDAD 205
EL MANDATO 208
LOS CUASICONTRATOS 210
LA GESTIÓN DE NEGOCIOS (*NEGOTIORUM GESTIO*) 210
EL PAGO DE LO INDEBIDO 211
LA COMUNIDAD INCIDENTAL (*COMMUNIO INCIDENS*) 211
OBLIGACIONES NACIDAS DE LA TUTELA Y LA CURATELA 212
OBLIGACIONES NACIDAS DE LA ADQUISICIÓN DE UNA HERENCIA 212
OBLIGACIONES NACIDAS *EX DELICTO* 212
EL HURTO (*FURTUM*) 213
EL DAÑO CAUSADO INJUSTAMENTE (*DAMNUN INIURIA DATUM*) 213
EL ROBO (*RAPINA*) 213
LA INJURIA PROPIAMENTE DICHA (*INIURIA*) 214
OBLIGACIONES NACIDAS *QUASI EX DELICTO* 214
AUTOEVALUATIVO 215

Pág.

CAPÍTULO IX
NORMAS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y GARANTÍA DE LAS MISMAS 217
INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES 219
LA MORA 220
DE LOS DAÑOS E INTERESES 222
Cláusula penal (*stipulatio poenae*) 222
DE LA GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES 222
AUTOEVALUATIVO 226

CAPÍTULO X
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES 227
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES 229
MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES 229
MODOS DE EXTINCIÓN *IPSO IUR* 229
MODOS DE EXTINCIÓN *OPE EXCEPTIONIS* 232
AUTOEVALUATIVO 234

BIBLIOGRAFÍA 235
ÍNDICE ALFABÉTICO 236

ORÍGENES DE ROMA

Según algunos historiadores, especialmente Indro Montanelli en su muy conocida *Historia de Roma*, el origen de Roma se enlaza con la guerra de Troya, ya que uno de los héroes de esta guerra, Eneas, luego de la derrota sufrida se dirigió a la península itálica, llegó a la región del Lacio, donde se casó con Lavinia, hija del rey Latino, y fundó una ciudad a la que puso el nombre de su esposa.

Tiempo después, Ascanio, hijo de Eneas, fundó la ciudad de Alba Longa, convirtiéndola en la nueva capital de la región del Lacio. Posteriormente, dos de sus descendientes, Numitor y Amulio, ocupaban ambos el trono del Lacio y, como era de esperarse, surgieron problemas entre ellos, por lo que Amulio echó a su hermano del trono y asesinó a todos sus hijos, excepto una, Rea Silvia, a quien obligó a hacerse sacerdotisa de Venus, a fin de evitar que tuviera descendencia.

Sin embargo, un buen día, siempre según la leyenda, el dios Marte vio a Rea Silvia y se enamoró perdidamente de ella, dejándola encinta. Rea Silvia tuvo dos gemelos, a los que Amulio ordenó colocar en una balsa y echarlos al río para que se ahogasen. Pero no fue así, la pequeña embarcación encalló en las orillas del río Tíber y los gemelos fueron rescatados y amamantados por una loba, que con el tiempo se convirtió en el símbolo de Roma.

Los gemelos volvieron a Alba Longa, mataron a Amulio, repusieron en el trono a Numitor y después, a las orillas del Tíber, sobre el monte Palatino, en el sitio donde había encallado la balsa, fundaron una ciudad y decidieron que la misma llevaría el nombre de aquel que venciera en la apuesta que al efecto hicieron y que ganaría el que hubiese visto más pájaros. Rómulo ganó la apuesta y por ello la ciudad llevaría el nombre de Roma.

Posteriormente, construyeron las murallas de la nueva ciudad, jurando dar muerte a quien las cruzase. Remo violó los límites de la ciudad impuestos por Rómulo y éste, fiel a su juramento, lo mató, afirmando que así morirían todos los que intentasen profanar las fronteras de la nueva ciudad.

Esto sucedió en el año 753 antes de Jesucristo, exactamente el 21 de abril, día que aun se festeja como fecha aniversaria de la ciudad.

Ahora bien, aparte la leyenda, lo cierto fue que los primitivos fundadores de Roma se establecieron en la colina del Palatino. En un principio, el pueblo romano estuvo formado por la unión de tres tribus: los latinos o ramneses, los sabinos o titienses y los etruscos o lúceres.

ORGANIZACIÓN POLÍTICA

A lo largo de su historia, Roma atravesó por las siguientes etapas: la monarquía, la República y el Imperio.

LA MONARQUÍA

El poder político en los primeros tiempos de Roma era ejercido por los siguientes órganos: el rey, el Senado y los comicios.

EL REY

La monarquía romana no es una monarquía absoluta; como afirma el maestro Eugenio Petit, el rey no es más que el jefe de una especie de república aristocrática, donde la soberanía pertenece a los patricios, que son quienes componen las curias. Ellos ejercen su poder en las asambleas o comicios, los comicios curiados.

El rey era el jefe máximo, único y vitalicio de la ciudad. Era designado por los comicios de forma vitalicia, era el jefe del ejército y el magistrado judicial tanto en lo civil como en lo criminal, así como el supremo sacerdote encargado de velar por el cumplimiento de las ceremonias del culto público.

A la muerte del rey y mientras tiene lugar la elección de un nuevo rey, el poder es ejercido por un *inter rex* tomado del Senado.

EL SENADO

Era un cuerpo colegiado constituido por los *paterfamilias* originarios, es decir, por los más antiguos miembros de la sociedad romana. Su nombre proviene del vocablo latino *senex*, que significa "anciano". Formaban un consejo real que asesoraba al rey en cuestiones tanto políticas como religiosas. Tenían también la función de aprobar las resoluciones de los comicios mediante la *auctoritas patrum*, vale decir, la confirmación de las decisiones tomadas en las asambleas populares, sin cuya aprobación carecían de fuerza obligatoria.

Otra de las atribuciones del Senado era el *interregnum*, que era el desempeño de las funciones del rey en caso de que el trono quedara vacante; esto lo hacían utilizando un singular sistema de rotación que consistía en que cada uno de los senadores ocupaba el lugar del rey por un lapso de cinco días, hasta tanto se designase a quien ocuparía de forma definitiva el cargo de rey.

OTRAS MAGISTRATURAS ROMANAS

- **Cónsules:** En el año 509 a.C., desaparece la monarquía y comienza la etapa de la República. En esta época el Gobierno de Roma está a cargo de dos magistrados designados por el Senado que reciben el nombre de cónsules.
- **Cuestores:** Son dos funcionarios a quienes se confía la gestión del tesoro público.
- **Censores:** Son dos magistrados encargados de las operaciones del censo y guardianes de las costumbres públicas y privadas.
- **Pretores:** Son los funcionarios encargados de la administración de justicia.
- **Ediles curules:** Son los encargados de velar por la tranquilidad ciudadana y están al mando de la policía de la ciudad.

LOS COMICIOS

En Roma existieron dos tipos de comicios o asambleas populares: los comicios curiados (comitia curiata) y los comicios calados (comitia calata).

- **Comicios curiados:** Eran asambleas populares formadas por los integrantes de las treinta curias que existían en Roma. La curia era una división artificial creada para repartir entre ellas a los miembros de las tres tribus que existían en Roma: los latinos, los sabinos y los etruscos. Cada tribu se dividía en diez curias, por lo tanto, había treinta curias. Cada curia comprendía un número indeterminado de *gens*, la cual consistía en una agrupación familiar constituida por todas las personas que descienden de un tronco común, es decir, por todos aquellos que descienden de un mismo *paterfamilias*. Cumplían funciones tanto legislativas como religiosas y su opinión era decisiva en asuntos tan importantes como declarar la guerra, concertar la paz, elegir un nuevo rey o conceder la ciudadanía romana.
- **Comicios calados:** Eran asambleas de carácter religioso convocadas por un funcionario denominado *lictor,* por orden del rey o del pontífice máximo, y presididas por este último. Se reunían dos veces por año y su misión principal era autorizar la celebración de testamentos y de otras instituciones como la *adrogatio*.

LA REPÚBLICA

Como afortunadamente suele suceder con los tiranos, más temprano que tarde los romanos decidieron poner fin a los abusos y a la desmedida corrupción que llegó a niveles insoportables bajo el reinado de Tarquino el Soberbio, último rey de Roma. El pueblo romano, harto de sus desmanes, destituyó y expulsó al tirano y seguidamente proclamó la República.

La autoridad suprema fue conferida a dos magistrados, quienes asumirían de forma conjunta tanto el poder civil como el militar. A estos funcionarios se les dio el nombre de cónsules. Los primeros designados fueron Lucio Junio Bruto y Lucio Tarquino Colatino, ambos sobrinos de Tarquino el Soberbio. Colatino no aceptó el nombramiento, por lo que en su lugar fue designado Publio Valerio, llamado el Publícola, que significa "amigo del pueblo".

El nacimiento de la República se ubica en el año 509 a.C., y su duración abarca un periodo de cinco siglos, en los cuales se producen importantes transformaciones.

Tal como lo afirma el profesor Chibly Abouhamad, en la República romana es posible distinguir tres períodos bien diferenciados:

- **República aristocrática:** En esta época el poder es ejercido exclusivamente por los patricios, miembros de la clase social más adinerada.

- **República democrática:** Después de largas y cruentas luchas, los plebeyos logran acceder al ejercicio de algunas magistraturas, hasta llegar incluso un plebeyo a obtener la dignidad de sumo pontífice.
- **República decadente:** El poder de los cónsules se fue debilitando de tal manera, motivado sobre todo a las luchas sociales y las continuas guerras, que al final deviene en el fin de la República y el inmediato advenimiento del Imperio.

EL IMPERIO

Como se ha dicho anteriormente, la expansión de Roma como consecuencia de sus grandes conquistas bélicas, condujo inevitablemente a la desintegración de las costumbres y la lógica corrupción moral de la sociedad, lo que al poco tiempo determina la decadencia y fin de la República.

En pocas palabras la historia fue la siguiente, en el año 100 a.C., el cónsul Cayo Mario es obligado a abandonar el poder por haber traicionado a la plebe en favor de la aristocracia. Cayo Mario fue sustituido por Sila, y este condujo a Roma a una guerra civil al enfrentarse a Mario, quien pretendía regresar al poder. Fallecido Mario en el año 82 a.C., Sila es proclamado dictador por el Senado y asume en solitario todos los poderes de Roma. Dos años después, Sila abdica y lo suceden como cónsules Pompeyo y Craso.

En esta época regresa triunfante a Roma una figura que la historia habría de considerar como el más grande de todos los romanos: Cayo Julio César. Cuando este llega a Roma, es asociado al consulado de Pompeyo, de manera que se constituye en Roma el *primer triunvirato*, integrado por Julio César, Pompeyo y Craso. Tras la muerte de Craso, Pompeyo conspira para quedarse solo en el poder, aprovechando la ausencia de Julio César, quien como siempre estaba en campaña.

César regresa a Roma y Pompeyo huye a Grecia. En el 48 a.C., ambos estadistas se enfrentan en los campos griegos de Farsalia, siendo derrotado Pompeyo, por lo cual huye a Egipto, donde es asesinado por orden del rey Ptolomeo. A causa de este crimen, César destituye al rey egipcio y lo sustituye por su hermana Cleopatra.

En el año 44 a.C., Julio César es asesinado por su protegido Marco Junio Bruto. Más tarde aparecen Marco Antonio y Cayo Octavio, quienes conjuntamente con Lépido conforman el *segundo triunvirato*. Enfrentados luego Octavio y Marco Antonio en la lucha por el poder, este último cae derrotado por Octavio en la batalla de Accio (año 31 a.C.). Posteriormente, en el año 27 a.C., con el título de Augusto, Octavio asumió para sí los poderes repartidos hasta entonces en las distintas magistraturas, constituyéndose en el primer emperador romano.

En el año 14 d.C. a Augusto lo sucedió Tiberio, hijo de su esposa Livia.Tiberio fue un gran militar pero un pobre estadista y se dice que llegó a

odiar a Roma y especialmente al Senado, con el cual tuvo pésimas relaciones. Es por ello que se piensa que para castigar a Roma decidió escoger como su sucesor a un sobrino nieto, hijo de su sobrino Germánico, a quien se le conoce por su apodo de Calígula, que en latín significa "pequeña bota".

Calígula fue bien recibido por Roma, pero a los pocos meses sufrió una grave enfermedad, la cual afectó su cerebro, quedando completamente esquizofrénico, hasta que en enero del año 41 fue asesinado por una furiosa muchedumbre, encabezada por su propia guardia pretoriana, harta de soportar su conducta desquiciada, evidentemente afectada por su locura.

A Calígula lo sucede su tío Claudio, impuesto por la guardia pretoriana, a pesar de la presión de los senadores, quienes querían instaurar de nuevo la República, puesto que el Imperio había demostrado no ser nada saludable para el bienestar de los romanos. Claudio fue un excelente estadista y un buen administrador. Expandió el Imperio, llegando a fundar colonias en la muy difícil región de Britania. Fortaleció la economía romana y mejoró notablemente el sistema judicial, creando nuevas leyes y concediendo la ciudadanía romana a grupos sociales hasta entonces completamente excluidos.

Claudio muere en el año 54 y lo sucede Nerón, hijo de Agripina la Menor, cuarta esposa de Claudio y nieta de Augusto. Nerón es recordado por el famoso incendio de Roma, aunque la verdad sea dicha, está históricamente comprobado que no pudo haber causado dicho incendio, ya que se encontraba fuera de la ciudad. Su desgobierno provocó una rebelión en provincias que terminó triunfando, imponiendo a Galba como nuevo emperador tras el suicidio de Nerón, poniendo término a la dinastía Julia-Claudia.

FIN DEL IMPERIO

Luego del esplendor de los siglos I y II, período llamado de la "paz romana", comienza un creciente deterioro de las instituciones, hasta que en el siglo III el Imperio cae en un estado de absoluta ingobernabilidad, tanto así que entre los años 238 y 285 se suceden 19 emperadores, los cuales fueron incapaces de gobernar Roma debido sobre todo a sus pésimas relaciones con el Senado romano. En este tiempo comenzaron además las invasiones bárbaras, las cuales unidas a las guerras civiles terminaron arruinando por completo las arcas del Imperio.

Esta situación trae como consecuencia la división del Imperio en el siglo IV, a la muerte del emperador Teodosio I El Grande, quedando el Imperio dividido en dos sectores: Oriente, cuya capital es Constantinopla, y Occidente, cuya capital es Roma. Los dos hijos de Teodosio pasan a ser los nuevos emperadores, Honorio de Occidente y Arcadio de Oriente.

A comienzos del siglo V las tribus bárbaras penetran en el Imperio procedentes de las estepas asiáticas. El Ejército romano, disminuido y

desmoralizado, es absolutamente incapaz de contener el saqueo de los bárbaros. El emperador de Roma ya no controlaba el Imperio, hasta que en el año 476, un jefe bárbaro, Odoacro, destituyó a Rómulo Augústulo, un joven de apenas 14 años, último emperador romano de Occidente, enviando las insignias romanas a Zenón, emperador romano de Oriente. El Imperio oriental proseguiría varios siglos más, bajo el nombre de *Imperio bizantino*, hasta que en el año 1453 Constantinopla cayó bajo el poder de los turcos, dando comienzo así a lo que se conoce como el Imperio otomano.

No obstante, el legado de Roma fue inmenso, tanto así que varios fueron los intentos de restauración del Imperio, al menos en su denominación, como por ejemplo los de Justiniano y Carlomagno, pero ninguno logró reunificar a todos los territorios del Mediterráneo, como lo hiciera Roma en los tiempos del glorioso Imperio romano.

ORGANIZACIÓN SOCIAL

En Roma existieron tres clases sociales: la clase superior, los patricios; la clase inferior, los plebeyos; y una clase intermedia, los clientes.

Los patricios eran los descendientes de los primitivos *paterfamilias* fundadores de Roma y tenían el monopolio del poder político y también del culto.

Los plebeyos eran los miembros de la clase inferior, constituida por labradores, obreros, comerciantes y pequeños industriales. Tenían vedado el acceso al culto público, al Senado y a las magistraturas.

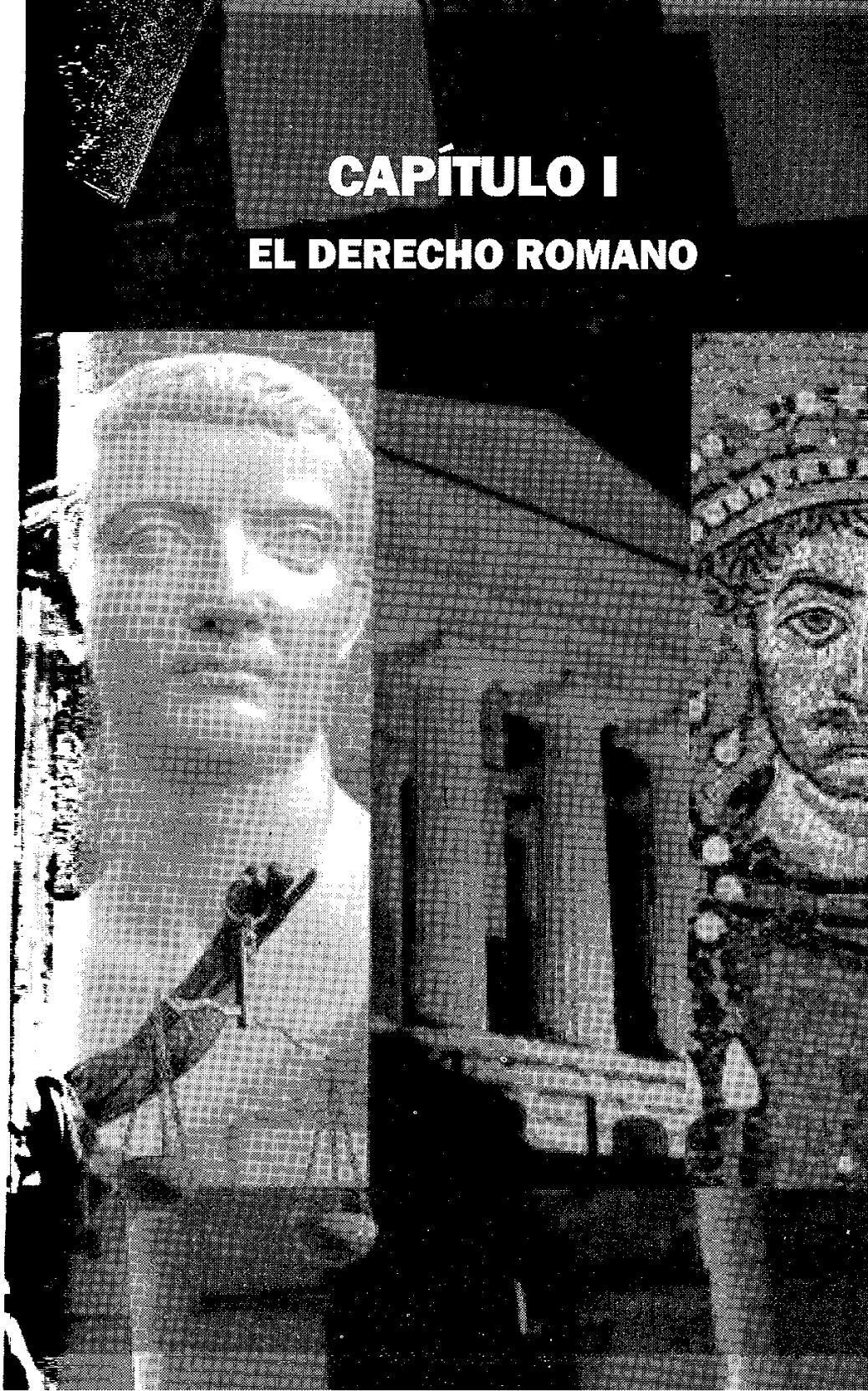
En el 494 a.C. los plebeyos se retiraron al Monte Sacro (Aventino), en el episodio conocido como la "Rebelión de los Plebeyos", y obtuvieron reivindicaciones muy importantes, como el nombramiento de un magistrado llamado Tribuno de la Plebe, que tenía el poder de vetar todas las decisiones importantes que pudiesen afectar los intereses de esa clase social.

Igualmente, los plebeyos consiguieron la aprobación de la Ley Poetelia Papiria (326 a.C.), que prohibió la esclavitud por deudas y la promulgación de la Ley Canuleia (445 a.C.), que permitía la celebración de matrimonios entre patricios y plebeyos.

Los clientes eran personas adscritas a las familias patricias, sin ser considerados parte integrante de ellas. En su mayoría eran esclavos liberados o extranjeros, de escasos recursos, que se colocaban bajo el amparo del jefe de familia, quien pasa a ser su patrón. Entre la clientela y los *paterfamilias* se crea una serie de derechos y de deberes, cuyo incumplimiento podía ser sancionado hasta con la muerte. El patrón debe a sus clientes socorro y asistencia, los defiende ante la justicia y les concede gratuitamente tierras para que puedan cultivarlas y vivir de ellas. Por su parte, el cliente debe respeto y obediencia al patrón y está obligado a asistirlo económicamente cuando este lo necesite.

CAPÍTULO I

EL DERECHO ROMANO



GENERALIDADES EN TORNO AL DERECHO ROMANO

Se entiende por Derecho romano el Derecho vigente en Roma desde sus orígenes hasta comienzos del siglo VI de nuestra era, es decir, la compilación de leyes y jurisprudencia romanas efectuadas en el siglo VI de la era cristiana por el emperador Justiniano, conjuntamente con la legislación propia de este soberano.

Este Derecho está expresado en las cuatro colecciones del mencionado príncipe: el digesto o pandectas, las Instituciones, el Código y las Novelas.

- El Digesto o Pandectas: Abarca la compilación de la jurisprudencia, que proviene de una serie de fragmentos extraídos de las obras de los principales jurisconsultos romanos y ordenados en 50 libros, cada uno de los cuales -excepto tres de ellos- está dividido en títulos encabezados con una rúbrica.
- Las *institutas* o instituciones: Son una obra destinada por Justiniano a exponer los principios fundamentales de su Derecho, para facilitar su estudio y comprensión.
- El *Codex* o Código: Es una compilación de leyes y constituciones imperiales, ordenadas en 12 libros, cada uno de ellos subdividido en numerosos títulos.
- Las novelas: Comprenden las nuevas Constituciones surgidas luego de la compilación de Justiniano.

Al decir de Bonfante, mientras que las otras partes de la colección justinianea son consideradas en su conjunto como un Código único emanado el mismo día, las novelas no solamente derogan a veces los principios del Derecho sancionados en las tres partes citadas, sino que también las más recientes pueden aportar derogaciones a las más antiguas.

La obra justinianea en su conjunto recibe el nombre de *"Corpus Iuris Civilis"*.

Este trabajo está enmarcado en los preceptos del Derecho justinianeo, aunque algunas veces sea necesario referirse al estado del Derecho romano en las etapas precedentes al mandato del emperador Justiniano.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Son muchas las divisiones que se han hecho de la historia del Derecho romano. El jurista italiano Pedro Bonfante considera que existieron en Roma tres sistemas distintos de Derecho, o mejor dicho, tres épocas por las cuales atravesó el Derecho romano. Estos tres sistemas son: el Derecho quiritario o genuinamente romano (*ius quiritium*), el Derecho romano universal (*ius gentium*) y el Derecho heleno-romano o romeo.

- **Etapa del Derecho quiritario:** Comprende desde los orígenes de Roma hasta la segunda guerra púnica y es el sistema propio de una sociedad restringida, de vida sencilla y rústica. En esta época la economía romana es esencialmente agrícola y la propiedad está dividida entre los jefes de familia. El Derecho está lleno de formas, palabras solemnes y toda clase de ceremonial jurídico.
- **Etapa del Derecho romano universal:** Va desde la segunda guerra púnica hasta Alejandro Severo. Es la época de las grandes conquistas y, por tanto, de relaciones comerciales mucho más vastas. La familia se debilita y aparece una serie de institutos y correctivos para suavizar la rigidez y formalismo del Derecho antiguo. El Derecho honorario, obra del pretor, alcanza en esta época su máximo esplendor y es la expresión más característica de este período.
- **Etapa del Derecho heleno-romano:** La última etapa del Derecho romano se desarrolla en tierra extraña y abarca hasta la muerte del emperador Justiniano. El centro de gravedad del Imperio se transporta de Italia a Oriente y el espíritu helénico, menos lógico y práctico que el romano, influye decisivamente en las instituciones jurídicas.

Cabe citar igualmente otra división del Derecho romano, que será seguramente mencionada en el desarrollo de este trabajo; esta es la que aparece en la obra de Arias Ramos.

a) Un período primitivo o arcaico, llamado Derecho quiritario, que llega, aproximadamente hasta el siglo V a.C.
b) Otro período, el de la Roma republicana, en el que se inicia y desenvuelve la dualidad del *ius civile* y el *ius gentium*.
c) La época llamada "clásica" del Derecho Romano que alcanza hasta fines del siglo II de nuestra era, en la que florecen los más grandes jurisconsultos.
d) Un período que se suele designar como "posclásico" y que llega hasta Justiniano.
e) La fase designada con la expresión "Derecho justinianeo", que se concreta en la gran obra codificadora del citado emperador.

CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

Las características esenciales del Derecho romano varían en las diversas etapas por las cuales atravesó en su desarrollo histórico. Es por ello que, siguiendo al maestro Luis René Viso, a continuación se exponen las características propias de cada época:

1. En la primera etapa, llamada del Derecho quiritario, las características más resaltantes del Derecho son:
   a) **La brevedad:** por tratarse de una pequeña sociedad, cerrada a toda influencia extranjera, las leyes que regían la comunidad romana no eran muchas ni muy extensas; así, por ejemplo, las leyes de las XII Tablas eran breves y esquemáticas.
   b) **Solemnidad y formalismo:** todos los actos jurídicos no solo en el campo familiar, sino también en el patrimonial y judicial, estaban rodeados de formalismos o simbolismos, sin los cuales el acto no era válido.
   c) **Personalidad:** en este período el Derecho era personal en un doble aspecto. En primer lugar, no se admitía la representación directa, cada quien debía efectuar los negocios por sí mismo. Y en segundo lugar, el Derecho era propio y exclusivo de los ciudadanos romanos, por ello los no ciudadanos no gozaban de protección jurídica, salvo algunas excepciones.

2. En la segunda etapa, llamada del Derecho romano universal, el Derecho es más amplio, pues empieza a aparecer una serie de leyes, unas aprobadas directamente por el pueblo en los comicios y plebiscitos, otras introducidas por el pretor, que vienen a formar el Derecho pretorio u honorario; y otras elaboradas por el Senado y los emperadores (senadoconsultos y constituciones imperiales).

   También en esta etapa el Derecho es más libre de formas solemnes, se le da cierta importancia a la consensualidad y se tiende a admitir cierta representación, aunque en forma muy limitada. Es en este período cuando se constituye el Derecho de gentes, que tiende a proteger a los no ciudadanos romanos.

3. En la tercera etapa, llamada del Derecho heleno-romano, tiene gran importancia la equidad, que se extiende más y más a múltiples instituciones, sobre todo debido a la influencia del cristianismo. También la voluntad triunfa sobre las formas externas y el Derecho es menos individualista, al poner gran atención a la utilidad común.

CONCEPTOS ROMANOS DEL DERECHO

IUS Y *FAS*

El maestro Chibly Abouhamad afirma que "Derecho y religión eran conceptos que se confundían entre los pueblos antiguos. En sus inicios el Derecho Romano es interpretado exclusivamente por los pontífices. El ius representa el orden en el campo humano. Para que un determinado acto o comportamiento fuera lícito, exigían que el mismo estuviera conforme con la voluntad de los dioses. Instituciones jurídicas reconocen un origen religioso como la *sponsio* en los contratos y la *confarreatio* en el matrimonio".

El *fas* era para los romanos el Derecho religioso, santo y revelado y se refiere tanto al aspecto jurídico de la religión –lo que hoy se conoce como Derecho eclesiástico– como al carácter religioso que para los romanos tenían el Derecho público y el Derecho privado.

El *ius* es el Derecho humano, variable y perfectible, cuya obligatoriedad proviene del acuerdo del pueblo, mientras que el *fas* es inmutable por provenir de la voluntad de los dioses.

Las diferencias entre el *fas* y el *ius* son establecidas claramente por el jurista alemán Ihering, de la siguiente manera:

a) El *fas* es el Derecho religioso, santo y revelado; el *ius* es el elemento humano, variable y perfectible.
b) El *ius* es obligatorio, por cuanto proviene del acuerdo del pueblo; el *fas* lo es por cuanto proviene de la voluntad de los dioses.
c) El *fas* es un elemento estático; el *ius* dinámico.
d) Por medio del *fas* Roma domina en Oriente y por medio del *ius* en Occidente.

DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

Los romanos fueron poco dados a las especulaciones teóricas, con su mentalidad pragmática si bien intuían el concepto, no trataban de desarrollar una teoría como lo hace la dogmática moderna, sino que su objetivo fundamental era resolver situaciones concretas. De allí que en las fuentes romanas no aparezcan los conceptos de Derecho objetivo y Derecho subjetivo.

La palabra "Derecho" nos indica, en primer lugar, una serie de disposiciones que imprimen ciertas direcciones a la actividad humana y la encierran dentro de ciertos límites; y, en segundo lugar, cuando una persona habla de su derecho de propiedad o su derecho de crédito, esto indica un poder o una facultad que el ordenamiento jurídico reconoce a unos individuos frente a otros.

En el primer caso se habla de Derecho objetivo y en el segundo caso de Derecho subjetivo. Algunos se refieren al Derecho objetivo como Derecho-norma y al Derecho subjetivo como Derecho-facultad.

Para fines didácticos, cuando se refiere al Derecho en su acepción objetiva, normalmente se escribe con la "D" mayúscula, mientras que cuando se habla de Derecho subjetivo se escribe con "d" minúscula. En la siguiente frase se puede apreciar el significado de la palabra "Derecho" en ambas acepciones, escrito de la forma como aquí se ha propuesto: "El Derecho venezolano consagra el derecho de la mujer embarazada a no ser despedida hasta un año después del parto".

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

La distinción entre el Derecho público y el Derecho privado fue reconocida por los romanos y aparece en un texto de Ulpiano, quien los define de la siguiente manera: "Derecho público es el que protege el interés del Estado romano y Derecho privado el que mira a la utilidad de los particulares".

Al decir del maestro Luis René Viso, la distinción entre Derecho público y Derecho privado carecía en el mundo romano de la importancia que se le ha dado en la concepción jurídica moderna. En nuestro mundo jurídico, el Estado interviene como privado, mientras que en el Derecho romano toda intervención del Estado toma carácter público. La expresión Derecho público en el ordenamiento jurídico romano toma el sentido más bien de norma "proveniente del Estado", en antítesis a las reglas que las partes fijan a la conducta propia en los negocios jurídicos, y por esto se dice que el Derecho público no puede ser modificado por los pactos de particulares, esto es, que la norma impuesta por el Estado, la proveniente del Estado, no puede cambiarse por acuerdo entre partes.

DERECHO NATURAL, DERECHO CIVIL Y DERECHO DE GENTES

El Derecho privado, es decir, el que regula las relaciones entre particulares, está dividido en las instituciones, en tres partes: Derecho natural, Derecho civil y Derecho de gentes.

En las *institutas* de Gayo se establece la distinción entre el *ius civile* y el *ius gentium*. Así, en dichas *institutas* se define el Derecho civil como Derecho propio de la ciudad, el Derecho que cada pueblo establece para sí. En cambio, el Derecho común de todos los hombres, el Derecho que usan todas las naciones, se llama Derecho de gentes.

En las *Instituciones* de Justiniano, aparte de estas dos manifestaciones del Derecho, se habla también de una tercera: el *ius naturale*, Derecho Natural, enunciado de la siguiente forma: "El Derecho natural es aquel que la

naturaleza inspira a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí procede la unión del varón y la hembra, que llamamos matrimonio; de ahí la procreación y educación de los hijos. Vemos en efecto a los demás animales, que se conforman a los principios de este Derecho como si lo conociesen".

En resumen, de acuerdo con las ideas expuestas, el Derecho civil es el Derecho que procede de la voluntad del pueblo y es solo aplicable a los ciudadanos romanos; el Derecho de gentes es el Derecho común a todos los pueblos y, por tanto, aplicable a ciudadanos y extranjeros; y el Derecho natural es el Derecho basado en la naturaleza del hombre, ideal, perfecto e inmutable.

DERECHO COMÚN Y DERECHO SINGULAR

Las normas jurídicas son dictadas para regir a una comunidad en igualdad de circunstancias para todos los destinatarios; sin embargo, la justicia nos exige que en casos especiales no proceda la aplicación de la regla general porque no sería equitativo. En tales casos, se dictan normas especiales que constituyen una desviación de los principios generales. Estas normas especiales son las que forman el llamado *ius singulare* o Derecho singular, en oposición al *ius commune* o Derecho común.

El Derecho común es, pues, el que regula una serie de casos ilimitados y se aplica siempre que se den los supuestos que las normas contemplan, mientras que el Derecho singular está constituido por normas especiales que se desvían de los principios generales por causa de una utilidad particular.

Según la definición tan conocida de Paulo, "el Derecho singular es aquel que contra lo establecido generalmente ha sido introducido por la autoridad debido a una utilidad".

Así, por ejemplo, el Derecho civil romano consagraba y admitía las donaciones entre particulares; esta era una disposición de Derecho común, pero por razones obvias prohibían las donaciones entre cónyuges; esta prohibición es un claro ejemplo de una norma de Derecho singular. Otro ejemplo de una norma de Derecho singular es la disposición que prohibía a los gobernadores de provincia contraer nupcias con mujeres oriundas de la misma provincia donde ejercían el cargo de gobernador.

LOS *TRIA PRAECEPTA IURIS*

De acuerdo con Abouhamad, para los romanos los preceptos del Derecho son aquellas reglas prácticas dictadas para la convivencia social, que sin llegar a tener el carácter de normas jurídicas, son el fundamento de todos los deberes jurídicos del hombre, tanto en sus relaciones individuales como sociales.

Los romanos redujeron a tres los preceptos del Derecho, en latín *tria praecepta iuris,* que según el jurista Ulpiano son: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo).

a) ***Honeste vivere:*** es más un precepto moral que jurídico. La esfera de lo honesto es mucho más amplia que la esfera de lo lícito: no todo lo lícito es honesto.

b) ***Alterum non laedere***: es el precepto que consagra la seguridad personal y limita nuestra esfera de libertad, por cuanto podemos hacer todo lo que nos está permitido, sin dañar los derechos de los demás.

c) ***Suum cuique tribuere***: este precepto consagra la justicia distributiva, norma fundamental en la elaboración del Derecho. Establece la defensa de la propiedad, pues consagra el deber de cumplir con las obligaciones contraídas.

JUSTICIA

Según Ulpiano, la *iustitia* es la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo que es suyo. De acuerdo con la concepción romana, hombre justo es aquel que adecua su conducta al Derecho. De allí que la justicia romana no es la justicia objetiva, tal como se entiende hoy, sino la adaptación de la conducta a los preceptos del Derecho positivo. *Iustus* (justo) es el apelativo que recibe el acto o la relación jurídica conforme al Derecho positivo, es decir, legal, lícito, legítimo.

Los romanos no utilizaron la palabra "justicia" para designar lo que hoy se alude con la expresión "justicia objetiva". Para ello emplearon el vocablo *aequitas*, que significaba el modelo al cual debe adaptarse el Derecho, la finalidad a la que la norma jurídica debe propender.

Según Arias Ramos, "la *aequitas* es la justicia tal como es sentida en el ambiente social de un tiempo dado, sentimientos y amparos de derechos subjetivos y preside, como criterio directriz, la modificación de las instituciones jurídicas. Esta aceptación de *aequitas*, varía en las fuentes justinianeas. Aparece en ellas la voz *aequitas* con un sentido de dulcificación, paliativo del excesivo rigor que resultaba de aplicar en su pureza estricta alguna norma jurídica. Se la usa en diferente sinonimia con voces como *benignitas, pietas, humanitas,* y se contrapone *aequitas* a *summum ius* o *strictum ius*. En este sentido, por influencia de tales fuentes justinianeas, más próximas a nosotros, es el que ha pasado a la palabra actual 'equidad' y por ello no puede servirnos ésta, sino mejor las expresiones 'justicia' o 'justicia objetiva', para traducir la voz '*aequitas*', tal como era empleada en los textos genuinamente clásicos".

JURISPRUDENCIA

El jurista Ulpiano definió la jurisprudencia como el conocim iento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto. De allí que para los romanos jurisprudencia traducía el conocimiento adquirido del Derecho, por ello denominaban jurisprudentes, o simplemente prudentes, a aquellos que sabían del Derecho.

La definición mencionada incluye también las cosas divinas por que, como sabemos, la religión era una parte importante de la actividad del Estado, a cuyo cargo estaba todo lo relativo al culto y al sacerdocio.

IMPORTANCIA Y UTILIDAD DEL DERECHO ROMANO

El estudio del Derecho romano, tal como lo expresa Agustín Hurtado Olivero, reviste particular importancia por lo siguiente:

a) Es entre todos los Derechos de los pueblos de la Antigüedad el que nos resulta más conocido, es decir, es el Derecho sobre el cual existen más fuentes de conocimiento literario o jurídico a que puede recurrirse.
b) Es el Derecho antiguo cuyo desenvolvimiento resulta más interesante, ya que comenzó por ser el Derecho de un pequeño pueblo, de una ciudad, para transformarse luego en el Derecho de toda una región, más tarde de toda la península itálica (como consecuencia de las conquistas) y, por último, de todo un imperio.
c) Es el que describe una trayectoria más completa y el que comprende el período más extenso en la historia del Derecho. Abarca catorce siglos: del VIII a.C., hasta mediados del siglo VI de nuestra era, es decir, hasta el año 565 de la era cristiana, fecha de la muerte de Justiniano.
d) Alcanzó a regir en el más vasto Imperio de los tiempos antiguos, se expandió en Europa, en el norte de África y en buena parte de Asia; y debió transformarse también como consecuencia del contacto con los derechos locales, especialmente con el Derecho egipcio, el sirio-babilónico y el griego, del cual sufre su influencia a partir de la época imperial.

No solo es de gran importancia el estudio del Derecho romano, como se ha visto, sino que también resulta de gran utilidad para todo estudiante de Derecho, utilidad que se deduce de los planteamientos del maestro Eugenio Petit, de la siguiente manera:

a) Tiene desde luego una utilidad histórica. Nuestro Derecho actual tiene por orígenes, sobre todo, las costumbres y el Derecho romano. Títulos enteros de nuestro Código Civil, especialmente la teoría de las obligaciones, han sido sacados de esta última fuente. Para comprender bien sus disposiciones es, por consiguiente, esencial conocer las leyes antiguas

de donde ellas nacen; este es el medio más seguro de apoderarse de su verdadero espíritu y de apreciar su valor.

b) El Derecho romano debe ser estudiado como un modelo. En los monumentos que nosotros poseemos no se incluyen solamente leyes, sino también, y sobre todo, las aplicaciones que se hicieron por los jurisconsultos, todas las cuales se distinguen por una lógica notable y una gran delicadeza de análisis y de deducción. Los romanos tuvieron, en efecto, una aptitud especial para el Derecho, así como los griegos la tuvieron para la Filosofía.

c) Desde otro punto de vista, el conocimiento del Derecho romano es, además, un poderoso auxiliar. En efecto, si se exceptúa Inglaterra, donde la ley común deriva de las costumbres locales y donde domina el elemento feudal, el Derecho romano constituye el fondo de las principales regiones de Europa.

d) A estas consideraciones viene a añadirse otra de orden secundaria, pero que también tiene su valor: El Derecho es indispensable para comprender la historia y literatura romanas. En Roma, más que en otra parte, los ciudadanos estaban iniciados para la práctica del Derecho; era este el efecto de su inclinación natural y de su sistema de organización judicial.

CAPÍTULO I

AUTOEVALUATIVO

I. Coloque en el espacio indicado la letra de la alternativa que considere correcta:

1. Es la voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo suyo. ( )
2. Es el conocimiento de las cosas divinas y humanas. ( )
3. Es el Derecho religioso, santo y revelado. ( )
4. Es una potestad que el ordenamiento jurídico reconoce a unos individuos frente a otros. ( )
5. Es el Derecho que protege los intereses del Estado romano. ( )
6. Es el Derecho propio de la ciudad. ( )
7. Es el Derecho común a todos los pueblos. ( )
8. Es el Derecho que contraviene lo establecido y ha sido introducido debido a una utilidad. ( )

Alternativas

a) Derecho público
b) Derecho privado
c) Derecho objetivo
d) Derecho subjetivo
e) *Fas*
f) *Ius*
g) *Ius gentium*
h) *Ius civile*
i) *Ius naturale*
j) Justicia
k) Jurisprudencia
l) Equidad
m) *Ius commune*
n) *Ius singulare*

II. Llene los espacios en blanco con la información que completa el sentido de los enunciados.

9. Para los romanos, _____ era el Derecho religioso, santo y revelado.
10. Para los romanos, _____ es el precepto que consagra la justicia distributiva.
11. En esta etapa, llamada _____ tiene gran importancia el Derecho honorario y la consensualidad.
12. El Derecho _____ está constituido por normas especiales, que se desvían de los principios generales por causa de una utilidad.

13. En el Derecho quiritario no se admite _____, cada quien debe efectuar los negocios por sí mismo.
14. El Derecho _____ regula las relaciones entre particulares.
15. El precepto _____ consagra la seguridad personal y limita nuestra esfera de libertad.
16. En Roma _____ es el Derecho que regula las relaciones donde esté presente un extranjero o peregrino.
17. Para los romanos, _____ es el modelo al cual debe adaptarse el Derecho.
18. _____ es una compilación de leyes y constituciones imperiales ordenadas en doce libros.
19. Según Ulpiano, _____ es el conocimiento de las cosas divinas y humanas.
20. En el año 14 d.C., _____ se convirtió en el segundo emperador romano.

III. En cada uno de los siguientes enunciados, coloque en el espacio indicado entre paréntesis la letra V si lo considera verdadero y la letra F si lo considera falso:

21. El *ius civile* era un Derecho aplicable solo a los ciudadanos romanos ( )
22. El Derecho privado está dividido en las instituciones en Derecho natural, Derecho civil y Derecho penal. ( )
23. El Código justinianeo abarca la compilación de la jurisprudencia. ( )
24. *Alterum non laedere* es más un precepto moral que jurídico. ( )
25. Ulpiano definió la jurisprudencia como la voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo suyo. ( )

IV. Encierre en un círculo la letra que distingue la alternativa seleccionada:

26. La obra justinianea en su conjunto recibe el nombre de:
    a) Digesto
    b) Instituciones
    c) Pandectas
    d) *Corpus iuris civilis*
    e) Código justinianeo

27. Comprende desde los orígenes de Roma hasta la segunda guerra púnica y es el sistema propio de una sociedad restringida, de vida sencilla y rústica:
    a) Derecho romano-universal

b) Derecho quiritario
c) Derecho heleno-romano
d) Derecho de gentes
e) Derecho honorario

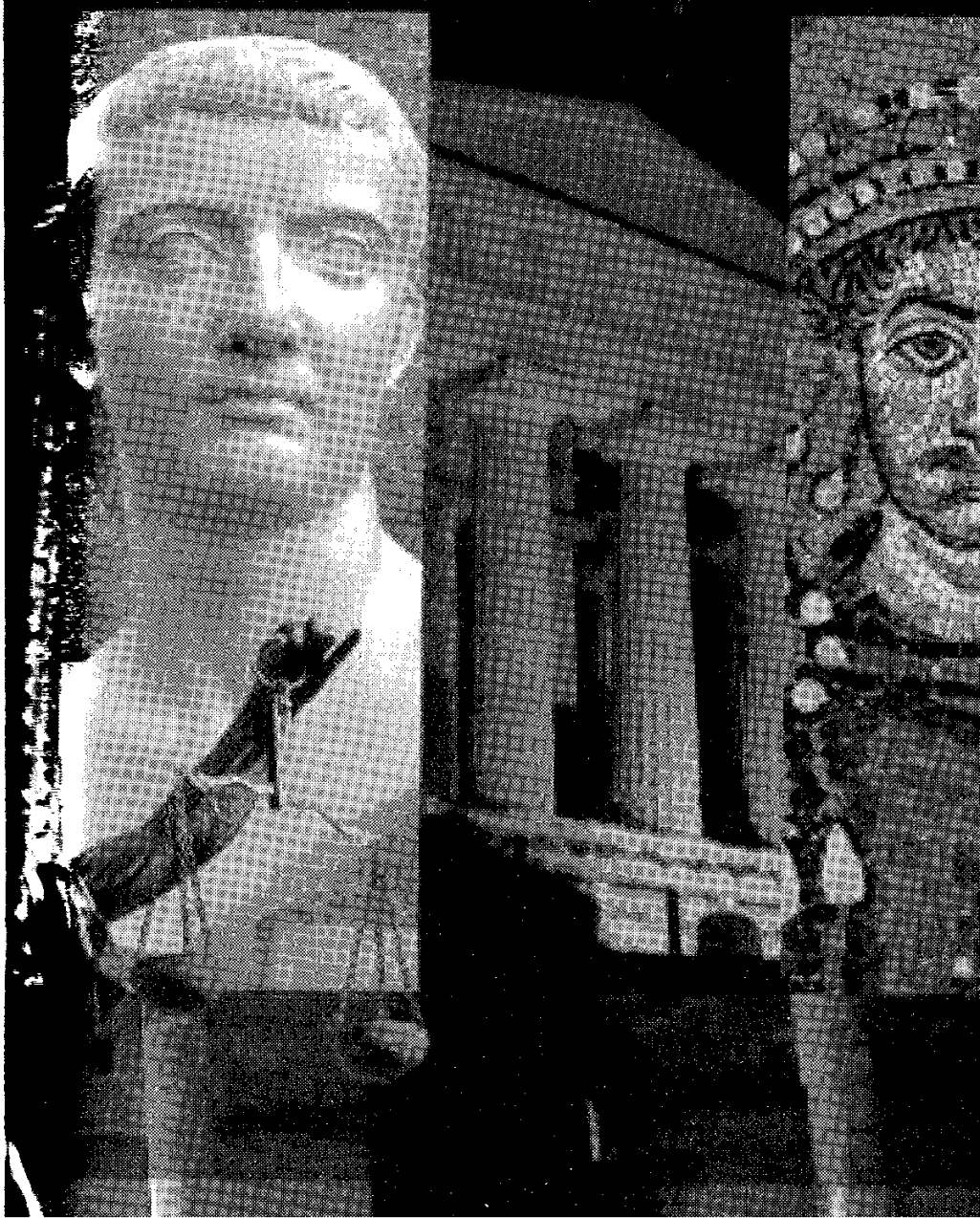
28. Indica una serie de disposiciones que imprimen ciertas direcciones a la actividad humana y la encierran dentro de ciertos límites:
a) Derecho civil
b) Derecho de gentes
c) Derecho natural
d) Derecho subjetivo
e) Derecho objetivo.

29. Es el Derecho propio de la ciudad, el que cada pueblo establece para sí:
a) Derecho civil
b) Derecho de gentes
c) Derecho natural
d) Derecho honorario
e) Derecho común

30. Es el precepto que consagra la seguridad personal y limita nuestra esfera de libertad:
a) *Honeste vivere*
b) *Alterum non laedere*
c) *Ius suum cuique tribuere*
d) *Tria praecepta iuris*
e) *Iustitia*

CAPÍTULO II

EL SUJETO DE DERECHO



CONCEPTO DE PERSONA

Sujetos de derechos son aquellos entes a quienes el ordenamiento jurídico reconoce capaces de ser titulares de una relación jurídica, de tener el poder tutelado por el Derecho objetivo, de observar determinada conducta respecto de los demás o de exigirla de estos.

Los romanos no elaboraron una teoría acerca de la personalidad jurídica, esa fue obra de los juristas de la Edad Media. Para la doctrina y la legislación romana son sujetos de derecho todas las personas que pueden tener derechos y ejercerlos, es decir, las personas dotadas de capacidad jurídica, concepto que será desarrollado más adelante.

La palabra persona proviene etimológicamente de las voces *per* y *sonare*, que significan resonar, sonar fuerte. En propio sentido esta palabra designaba la máscara que utilizaban en escena los actores romanos para darle mayor fuerza y alcance a su voz, de allí que se empleara en este sentido figurado para expresar el papel que el individuo representa en la sociedad.

CLASES DE PERSONAS

Comúnmente se dice que "en Roma no todo hombre es persona y no toda persona es hombre". Evidentemente, no todo hombre es persona, puesto que existían los esclavos, que eran considerados simples objetos de derechos, y no toda persona es hombre, pues existían también las personas jurídicas o colectivas, como se aclarará seguidamente.

Los romanos distinguieron las siguientes clases de personas:

a) La persona física o natural, que es el individuo, el ser humano. Esta se subdivide a su vez en:
   - **Personas libres y esclavos:** Los hombres libres son subclasificados en: ingenuos (persona que nació libre) y libertos (esclavo que ha obtenido la libertad).
   - **Ciudadanos romanos y no ciudadanos:** Existen diferentes categorías de no ciudadanos que serán mencionadas en su oportunidad.
   - ***Sui iuris,*** vale decir, *paterfamilias,* persona que no depende de nadie; y *alieni iuris*, persona sometida a la autoridad de un *paterfamilias*.

b) La persona jurídica, moral o colectiva que, como se verá luego, podía ser de Derecho público o de Derecho privado.

Estas diferentes categorías se personas serán objeto de estudio más adelante en el desarrollo de este trabajo.

LA PERSONA FÍSICA O NATURAL. REQUISITOS

El término que los juristas romanos usan para designar al individuo sujeto es el de *caput*, que significa cabeza y, por ende, individuo, principalmente el individuo humano, el cual puede ser indiferentemente esclavo o libre, así se habla de *caput servile* o de *liberum caput*. No tiene pues la expresión *caput* un significado técnico de personalidad tal como hoy la entendemos.

Como se ha visto, en Derecho romano no basta con ser hombre para ser persona, por eso se utiliza la palabra *caput* para referirse el individuo. Los hombres y mujeres esclavos no eran personas, ya que para ser persona se debía ser libre, ciudadano y jefe de familia.

Para que una persona física fuera considerada existente los romanos exigían los siguientes requisitos:

a) En primer lugar se requiere su completa separación del cuerpo materno, es decir, que nazca.
b) Que nazca vivo. Acerca de la prueba de la vida existía divergencias entre los juristas romanos; para la escuela de los proculeyanos bastaba con un simple vagido, mientras que los sabinianos, opinión admitida por Justiniano, aceptaban cualquier tipo de signo, como la respiración o movimiento. Se discute si los romanos exigían la viabilidad. La opinión generalizada acepta que este no era requisito fundamental para la existencia de la persona natural.
c) Es necesario que el recién nacido tenga forma humana; a los monstruos no se les reconoce capacidad jurídica, aunque su nacimiento puede ser tomado en cuenta en cuanto beneficie a la madre.

Para determinados efectos jurídicos se tomaba en cuenta la concepción, a fin de tutelar los derechos que tendrá la futura persona en el momento de su nacimiento. Por ejemplo, el hijo de una mujer que en un momento de la concepción era ingenua, es decir, nacida libre, y unida en justas nupcias a un ciudadano romano, nace libre y ciudadano romano, aun cuando en el momento del nacimiento la madre sea esclava o peregrina.

LA CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad es la aptitud que posee una persona para ser titular de derechos y ejercerlos. A este respecto los romanos distinguían entre la

no podía ejercer la *patria potestas*. Muchas de las limitaciones de la mujer desaparecieron en el Derecho justinianeo, pero nunca estuvo colocada en un plano de igualdad con el hombre.

2. **La edad:** Igual que el Derecho moderno, en el Derecho romano, sobre todo en el antiguo, la edad significaba una limitación en la capacidad de ejercicio. Los romanos distinguían entre *púberes* e *impúberes*, según que hubiesen o no alcanzado el desarrollo físico generativo. Los púberes eran plenamente capaces, no así impúberes.

   A este respecto, los romanos hacían las siguientes distinciones:

   - **Impúberes próximos a la infancia, o simplemente infantes:** Estos lógicamente no podían realizar ningún acto jurídico válido, puesto que carecían de discernimiento por causa de su edad. En el Derecho justinianeo se fijaron los siete años como término de la infancia.
   - **Impúberes próximos a la pubertad o mayor infancia:** En esta etapa los impúberes podían realizar actos jurídicos que los beneficiasen, aunque para ello requerían de la *auctoritas* (autorización) del tutor. Asimismo, los impúberes próximos a la pubertad respondían de sus actos ilícitos.
   - **Púberes mayores y menores de 25 años:** Con respecto a la pubertad, la plenitud sexual se indaga en sus comienzos mediante una *inspectio corporis*, caso por caso. La tendencia posterior fue señalar una edad; así, a la mujer se le determinó la edad de doce años y con posterioridad se fijó la de catorce para los varones. En este sentido surgió una polémica entre los proculeyanos y los sabinianos, pues estos eran partidarios del sistema antiguo que consideraban más seguro.

     Los púberes eran en sus comienzos capaces para realizar toda clase de negocios, pero con posterioridad fue necesario establecerles cierto tipo de protección y la *Ley Plaetoria* castigaba al que se aprovechara de la inexperiencia de un menor de 25 años; del mismo modo y con esta finalidad de protección se estableció una *restitutio in integris*, hasta llegar a la curatela de los menores de 25 años.

     De este modo se distinguió entre los púberes menores de 25 años, quienes estaban sometidos a curatela y púberes mayores de esta edad.

   Es conveniente aclarar que la *restitutio in integris* (restitución integral) era un recurso proporcionado por el pretor al menor de 25 años que había contratado y consideraba que había sido perjudicado en el negocio ya celebrado; de esta manera se deshacía todo el negocio, volviendo las cosas al estado en que estaban antes de celebrar el contrato. Esto trajo como consecuencia que nadie se arriesgara con un menor de 25 años y

por ello se creó la curatela de los menores de 25 años, proveyendo a estos de un curador que los asesoraba y que debía revisar y autorizar el negocio que iban a realizar.

La vejez también significaba en ciertos casos una limitación a la capacidad de ejercicio, sobre todo servía para excusarse de ciertos cargos, como el de tutor.

3. **La salud:** Era otro factor importante de limitación de la capacidad de ejercicio. Los defectos físicos, como la ceguera y la sordomudez, impedían la realización de los actos jurídicos. Pero, sobre todo, las perturbaciones mentales tenían gran significación, ya que ningún acto jurídico podía tener eficacia legal si era realizado por personas que tenían alteraciones de sus facultades mentales. Los dementes permanecían en estado de incapacidad permanente, mientras que estuviesen afectados de trastorno mental; sin embargo, los negocios realizados en estado de lucidez eran totalmente válidos.

   Asimismo, el pródigo, persona que dilapida sus bienes poniendo a su familia en peligro, podía ser privado de la administración de su patrimonio.

4. **La religión:** En la época pagana no habían restricciones de tipo religioso, mientras que bajo los emperadores cristianos se impusieron ciertas restricciones a los judíos, herejes y apóstatas.

5. **Condición social y profesión:** En el Derecho antiguo, la diferencia entre ingenuos y libertos traía como consecuencia una serie de restricciones. Así, el liberto, persona que había sido esclavo y luego manumitido, tenía limitada su capacidad tanto en Derecho público como en Derecho privado.

   La profesión militar cobra gran importancia en la época del Imperio, al otorgar a los militares una serie de privilegios en cuando al Derecho hereditario. Los gobernadores de provincia sufrieron una serie de limitaciones en el ejercicio de sus derechos, tales como prohibición de adquirir bienes, dedicarse al comercio o a la usura, contraer matrimonio con mujeres de la provincia en que gobernaban, etc.

6. **Domicilio y residencia:** El domicilio supone la intención permanente de establecerse en un lugar; la residencia puede ser transitoria o accidental. El domicilio puede ser voluntario o necesario (determinado por la ley). Una persona puede tener varios domicilios y esto tiene importancia en cuanto a la determinación de la competencia judicial y al pago de impuestos.

7. Honor civil: Es lo que se conoce como *status existimationis*. Todo hombre que vive en sociedad posee un honor civil, una estimación social. El jurista Calistrato nos dice que ese honor civil (*existimatio*) es el estado de dignidad ilesa, comprobado por las leyes y las costumbres, que en virtud de un delito nuestro se menoscaba o se pierde por la autoridad de las leyes.

   Indudablemente que al perder la libertad o la ciudadanía se perdía este honor civil, pero sin caer en estos extremos una persona podía realizar determinados actos que disminuyesen este estado y caer en *infamia* que es el término usado para designar esta degradación del honor civil.

   Se puede distinguir entre la *infamia de derecho* y la *infamia de hecho*. La primera es regulada por el Derecho, mientras que la segunda se refiere a ciertos actos que implican menosprecio social como sería, por ejemplo, la ebriedad consuetudinaria.

   Una de las causas por las cuales una persona podía incurrir en infamia de derecho era la intestabilidad. El *intestabile* era aquella persona que habiendo presenciado la comisión de un delito o de un acto cualquiera, se niega a declarar como testigo sin justa causa. Ello implica la pérdida de la capacidad para deponer, es decir, para declarar en procesos y también la imposibilidad de que otra persona declare a favor del *intestabile*. De igual manera, si un tutor testamentario era acusado y sancionado por malversación de los bienes del pupilo, la condena implicaba también que sobre el tutor recaía la tacha de infamia.

CATEGORÍAS QUE DETERMINAN LA CAPACIDAD JURÍDICA

En Derecho romano, como se ha dicho anteriormente, no todo hombre al nacer es persona, ya que existían diversas categorías o situaciones (*status*) que determinaban la personalidad o capacidad jurídica.

Estos *status* de la persona natural eran los siguientes:

1. *Status libertatis*, determinaba que los hombres fuesen libres o esclavos.
2. *Status civitatis*, determinaba la diferencia entre los que eran ciudadanos romanos y los que no lo eran.
3. *Status familiae*, determinaba si las personas podían ser jefes de familia (*paterfamilias*), es decir, *sui iuris*; o miembros de una familia, sometidos a la autoridad del *paterfamilias*, o sea, *alieni iuris*.

STATUS LIBERTATIS

Sólo los hombres libres tenían capacidad jurídica en Roma; los esclavos eran objeto de derecho. Se podía ser esclavo por las siguientes causas:

a) **Por nacimiento:** El hijo de esclava nace esclavo. Como la esclava no podía contraer matrimonio, solo se tomaba en cuenta la condición de la madre en el momento del parto; el padre era legalmente desconocido. Sin embargo, a partir del siglo II de nuestra era se admitió que el hijo naciera libre si la madre había sido libre, aunque fuera por un instante durante la gestación.

b) **Causas de esclavitud *iure gentium*** (establecidas por el Derecho de gentes): La principal fuente de esclavitud fue la cautividad de guerra. Todo enemigo hecho prisionero se hacía esclavo; en principio, esclavo del Estado romano (*servus publicus*), luego, si el Estado los vendía, eran propiedad del particular que los comprase.

A este respecto, es importante mencionar dos instituciones que mitigaron ba,stante el rigor de la cautividad de guerra como causa de esclavitud. Estas fueron el *Ius Postliminium* y la *Fictio Legis Corneliae* (ficción de la ley Cornelia).

- ***Ius Postliminium:*** Establecía que el ciudadano romano hecho prisionero por el enemigo, si era liberado o lograba evadirse, se reintegraba a su anterior condición jurídica, es decir, readquiría todos sus derechos como si nunca hubiese sido esclavo. Las situaciones de hecho, como el matrimonio y la posesión, no se recuperaban, quedaban interrumpidas.
- ***Fictio legis Corneliae:*** Era una ficción según la cual el ciudadano romano hecho el prisionero por el enemigo y muerto en cautiverio, se consideraba muerto en el momento de ser capturado, es decir, que nunca había sido esclavo, por lo que se abría la sucesión como si se tratase de la muerte de un hombre libre.

c) **Causas de esclavitud *iure civili*** (posteriores al nacimiento y establecidas por el Derecho civil romano): Entre estas se pueden nombrar las siguientes:

- La venta en territorio extranjero (*trans Tiberim*) de un ciudadano romano reconocido como deudor insolvente y contra quien se ha ejecutado el procedimiento de la *manus iniectio* (procedimiento ejecutivo establecido en el Derecho romano antiguo, en virtud del cual el deudor respondía de sus obligaciones con su propio cuerpo).
- La ***noxae dedictio***: La entrega que el Estado romano hacía a una ciudad extranjera, de un ciudadano romano culpable de ofensas contra representantes o embajadores de dicha ciudad.

- La venta de los hijos realizada por el *paterfamilias* en territorio extranjero.
- El dejarse vender como esclavo, siendo libre, con la intención de defraudar al comprador, reclamando posteriormente la libertad y participando del precio pagado por este.
- Un senadoconsulto Claudiano establecía que la mujer libre, ciudadana romana, que tuviese trato carnal con un esclavo ajeno, contra la voluntad del dueño y a pesar de haber sido advertida por este tres veces, pasa a ser esclava del mismo señor.
- El ladrón que era sorprendido *in fraganti* era entregado a la presunta víctima.
- El sustraerse voluntariamente a prestar el servicio militar, así como también negarse dolosamente a inscribirse en el censo de los ciudadanos romanos.
- El liberto ingrato con el dueño que le había concedido la libertad, podía nuevamente ser reducido a la esclavitud.
- Los condenados a ciertas penas capitales que hacían recaer a quienes las sufrían en la condición de esclavo sin dueño, llamados "siervos de la pena".

CONDICIÓN DEL ESCLAVO

Siguiendo a Arias Ramos se puede decir que como el esclavo no es sujeto, sino objeto de derecho, no puede contraer matrimonio, ni legalmente tener familia. Está también excluido de los derechos patrimoniales: no puede ser propietario ni acreedor ni deudor ni comparecer en juicio para demandar o ser demandado. No puede hacer testamento ni dejar herederos de ninguna clase. Por los daños que se le cause reclamará, como por los daños causados en las otras cosas que le pertenecen, lo mismo que el esclavo, su dueño. Si este le abandona, no por eso se hará libre: será simplemente un *servus sine domino*, del cual, como de otra cosa cualquiera de la que su dueño se desprende, podrá apoderarse quien quiera.

En la época imperial se dictó una serie de medidas tendentes a castigar al dueño demasiado cruel con sus esclavos. Así, por ejemplo, se prohibió arrojar los esclavos a las fieras, castigando al dueño con la pérdida de su derecho de propiedad, así como al dueño que abandonase al esclavo viejo y enfermo. Igualmente, se sancionaba al dueño que matase a un esclavo sin motivo.

Con respecto a los derechos patrimoniales, la situación del esclavo fue suavizada por la institución del *peculio*: conjunto de bienes que el amo pone en manos del esclavo para que este los administre y obtenga los beneficios

que se deriven de dicha administración. Muerto el esclavo no dejaba herencia y el peculio volvía automáticamente al patrimonio del amo.

También el esclavo tenía la posibilidad de intervenir en diversos actos jurídicos por y para su dueño; podía contratar, recibir herencias, cobrar sumas de dinero, etc., pero siempre para su amo.

FORMAS DE SALIR DE LA ESCLAVITUD

El esclavo podía hacerse libre de dos formas: por manumisión y por disposición de la ley.

1. MANUMISIÓN

Es el acto por medio del cual el dueño le concede la libertad al esclavo. Había formas solemnes y formas no solemnes de manumitir.

Manumisiones solemnes

a) *Manumissio vindicta:* En un principio consistía en una ceremonia en la cual un tercero, puesto de acuerdo previamente con el dueño del esclavo, reclamaba la libertad de este ante el magistrado; el dueño no contradecía la afirmación del tercero, por lo que el magistrado declaraba que el esclavo era libre. Posteriormente se simplificó el acto, bastando la declaración del patrón frente al magistrado.

b) *Manumissio censu:* Era la inscripción del esclavo en el censo de los ciudadanos romanos.

c) *Manumissio testamento:* Era la declaración hecha por el patrono en su testamento, por medio de la cual concedía la libertad al esclavo. Lo podía hacer de dos formas: bien directamente u ordenando a un heredero la manumisión del esclavo.

d) *Manumissio in ecclessia:* Aparece en tiempos del cristianismo, introducida por Constantino. Era una declaración del dueño ante la autoridad eclesiástica o ante los fieles en la iglesia.

Las manumisiones solemnes convertían al esclavo en hombre libre y ciudadano romano.

Manumisiones no solemnes

Estas formas de manumitir fueron llamadas pretorias, no porque fuesen creadas por el pretor, sino porque este amparaba al esclavo que hubiese conseguido la libertad de esta manera, negando al patrón la acción para reclamarlo nuevamente. Entre estas formas no solemnes están las siguientes: *Inter amicos* (entre amigos), *per epistulam* (por medio de una carta), *per mensam* (declarándolo en la mesa), etc.

Las formas no solemnes de manumitir no hacían al esclavo ciudadano romano sino latino, como se explicará más adelante, y además, a la muerte del esclavo, sus bienes pasaban a su antiguo amo, por ello se decían que estos latinos vivían como libres pero morían como esclavos.

RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE MANUMITIR

Debido a que el número de manumisiones fue creciendo exageradamente por diversas razones, sobre todo de índole económica, hubo necesidad de imponer limitaciones a la libertad de manumitir, las cuales estuvieron contenidas principalmente en dos leyes: la *ley Aelia Sentia* y la ley *Fufia Caninia*.

La ley *Aelia Sentia* estableció que no fuese ciudadano romano sino latino el esclavo manumitido solemnemente por un patrón menor de 20 años, o cuando el esclavo tuviese menos de 30 años, salvo justa causa.Asimismo, prohibió las manumisiones hechas en fraude de acreedores.

La ley *Fufia Caninia* estableció que solo se podía manumitir un número de esclavos proporcional a los que el dueño tuviese.

Justiniano derogó las disposiciones de ambas leyes y concedió la ciudadanía romana a los esclavos manumitidos entre amigos o por medio de una carta.

EFECTOS DE LA MANUMISIÓN: LOS LIBERTOS Y EL DERECHO DE PATRONATO

El esclavo manumitido recibe el nombre de liberto, en oposición al nacido libre y que nunca fue esclavo, llamado ingenuo. Tal como lo afirma Arias Ramos, los libertos no estaban equiparados a los ingenuos ni en el Derecho público ni en el Derecho privado. En el campo del Derecho público se les prohibía el acceso a las magistraturas y al Senado, y se les agrupó a todos para el ejercicio del sufragio en las cuatro tribus urbanas.

En el campo del Derecho privado, aparte de su incapacidad para contraer matrimonio con ingenuos, eliminada por Justiniano, no se rompían del todo los lazos con su antiguo amo. La relación que une al liberto con el que fue su dueño y los descendientes de e+ste, constituye lo que se llamó el patronato. *Patronus* es el antiguo amo. El liberto debe guardar reverencia a su antiguo dueño y este además tenía ciertos derechos de herencia y tutela sobre el liberto. Los derechos de patronato

se transmiten hereditariamente a los hijos del patrono, pero no a los hijos del liberto, quienes nacen ingenuos y ciudadanos romanos.

FORMAS DE ADQUIRIR INGENUIDAD

El liberto podía adquirir ingenuidad de dos maneras:

a) Por medio de un decreto del príncipe, *natalium restitutio*, lo cual lo liberaba de los vínculos del patronato.
b) Por medio del *ius aureorum anulorum* (derecho de llevar el anillo de oro que portan los hombres libres), el cual no suprimía el derecho de patronato.

2. MANUMISIÓN POR DISPOSICIÓN DE LA LEY

Aparte de la manumisión, acto voluntario del dueño, el esclavo podía obtener la libertad por las disposiciones de ciertas leyes. Así, por ejemplo, se ha mencionado ya el caso del abandono del esclavo viejo y enfermo. También, el siervo que descubría al asesino de su dueño obtenía la libertad.

Así como los ya mencionados, existían otros casos en los cuales un eslavo podía verse liberado de la esclavitud. Por ejemplo, el que hubiera vivido por 20 años como libre, siempre que fuese de buena fe; también el que hubiese sido vendido para ser manumitido cuando pasase un cierto tiempo, si por cualquier causa la manumisión no se efectuaba.

STATUS CIVITATIS

Conjuntamente con el *status libertatis*, el *status civitatis* o estado de ciudadanía constituía uno de los supuestos necesarios para ser persona en Derecho romano.

En relación con el *status civitatis*, los hombres se dividían en dos grupos: los ciudadanos (*cives*) y los extranjeros (*peregrini*). Entre ambos grupos se encontraba una categoría intermedia: los latinos.

LOS CIUDADANOS. CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS CIUDADANOS

La ciudadanía romana se adquiría por nacimiento, por manumisión, por disposición de la ley y por concesión del poder público.

a) **Por nacimiento:** A este respecto las reglas para determinar la ciudadanía romana eran las siguientes:
   - El hijo nacido de justas nupcias sigue la condición del padre en el momento de la concepción.
   - El hijo nacido fuera de justas nupcias sigue la condición de la madre en el momento del parto.

Por tanto, el hijo de una ciudadana romana aun cuando naciera fuera del matrimonio, nacía ciudadano romano. Sin embargo, una Ley Minicia estableció una modificación a estos principios, por cuando dispuso que un hijo nacido de una relación entre un peregrino y una ciudadana romana, nacía peregrino. Esto se hizo con el propósito de establecer una limitación a las relaciones extramatrimoniales.

b) **Por manumisión solemne:** Como se dijo anteriormente, los manumitidos en forma solemne y posteriormente todos los manumitidos, adquirían la ciudadanía romana.

c) **Por disposición de la ley:** Por ejemplo, la ley *Acilia Repetundarum* establecía disposiciones a favor de los peregrinos y de los latinos para adquirir la ciudadanía romana. Así, un peregrino que acusase e hiciese condenar a un magistrado por concusión, lograba la ciudadanía.

Los latinos adquirían la ciudadanía, entre otras causas, yéndose a vivir a Roma, por el desempeño de ciertas funciones, como premio a ciertos servicios prestados a Roma, etc.

d) **Por concesión del Poder Público:** También se podía adquirir la ciudadanía por concesión graciosa del Poder Público. Esto se hacía no solamente a favor de particulares, sino también de toda una familia y a veces hasta de una ciudad entera. En el año 212, el emperador Caracalla concedió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio.

CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS CIUDADANOS

Los ciudadanos gozaban de todos los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico romano. Arias Ramos comenta que suele, sin embargo, sintetizarse tal condición jurídica diciendo que en el orden político, vale decir en el campo del Derecho público, los ciudadanos tenían los siguientes derechos:

- *Ius honorum:* Derecho al desempeño de cargos públicos.
- *Ius sufragii:* Derecho a votar en los comicios.
- Derecho a servir en las legiones, o sea, en el ejército romano.

Y en el campo de los derechos privados:

- *Ius connubii:* Derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia.
- *Ius commercii:* Tenencia de derechos patrimoniales y celebración de actos relacionados con ellos.

- *Ius actionis:* Facultad de acudir a los tribunales.

Podría además añadirse la *testamentifactio* activa y pasiva, es decir, la capacidad de hacer testamento y de ser instituido heredero en un testamento.

El individuo que gozaba de todos los derechos mencionados era denominado *civis optimo iure.*

LOS PEREGRINOS. PEREGRINOS DEDITICIOS

Los peregrinos eran aquellos individuos que no siendo ciudadanos romanos, vivían dentro de la ciudad, en oposición a los *hostes* o *barbari* (bárbaros), con los que Roma no tenía ningún tipo de relación. El peregrino es oriundo de una ciudad con la cual Roma tiene relaciones y cuyo Derecho respeta.

El peregrino no gozaba en Roma de ninguno de los derechos consagrados por el Derecho civil romano, pero esto no significaba que estuviera jurídicamente desasistido, ya que existían las disposiciones del *ius gentium* que regulaban las relaciones entre romanos y peregrinos. Para conocer de los juicios que pudieran presentarse entre peregrinos o entre ciudadanos y peregrinos, se creó la figura del pretor peregrino.

- **Peregrinos dediticios:** Hurtado Olivero afirma que así se denominaba a los habitantes de los pueblos que se habían rendido incondicionalmente a Roma. A estos individuos se les privó de toda autonomía, se les negó el *ius gentium* y se les prohibió residir en Roma y en un radio de 100 millas a la redonda de Roma, bajo pena de caer en esclavitud.

LOS LATINOS

Constituían una categoría intermedia entre los ciudadanos y los peregrinos. En Roma existieron tres clases de latinos:

a) **Latinos *veteres*:** Según Hurtado Olivero, eran los antiguos habitantes del Lacio y después los miembros de las colonias fundadas por la Liga Latina hasta su disolución el año 415 de Roma y, por último, todos aquellos a quienes se les concedió la calidad de latino hasta el año 486 de Roma.

Tenían una condición muy semejante a la de los ciudadanos romanos: gozaban del *ius suffragii* cuando estaban en Roma, tenían también el *ius comercii* y el *ius connubii*. No tenían el *ius honorum* ni podían servir en las legiones romanas.

b) Latinos *coloniarii*: Se llamó así a todos aquellos a quienes se confirmó el derecho de latinidad a partir del año 486, que formaron realmente parte de las colonias. Tenían únicamente el *ius commercii* y el derecho de comparecer en juicio ante los tribunales romanos.

c) Latinos junianos: Los latinos junianos fueron creados por la Ley *Iunia Norbana*, la cual les atribuía esta condición a los esclavos manumitidos sin solemnidad. Gozaban del *ius commercii*, pero solo para actos entre vivos, porque no tenían capacidad sucesoral, o sea, la *testamenti factio*. Al morir, sus bienes pasaban a su antiguo dueño.

STATUS FAMILIAE

En relación con el *status familiae* (estado de familia), los ciudadanos podían ser:

a) *Sui iuris*, o sea *paterfamilias*. En Roma se llama *paterfamilias* al varón *sui iuris*, no sometido a la potestad de nadie.

b) *Alieni iuris*, o sea, *filiusfamilias*. es decir, personas de cualquier edad o sexo sometidas a la potestad o *manus* de un *paterfamilias*.

Los *sui iuris* o *paterfamilias* eran personas plenamente capaces y autónomas, mientras que los *alieni iuris* o *filiifamilias* dependían del *pater* y por tanto no tenían capacidad jurídica completa.

Tal como se explicará posteriormente, el concepto de *paterfamilias* romano no estaba ligado al hecho de tener descendencia o haber engendrado hijos: un varón recién nacido era *sui iuris* si no estaba sometido a la autoridad de un *paterfamilias*, así como un hombre de edad madura y con muchos hijos era jurídicamente *alieni iuris* (*filiusfamilias*) si estaba sometido a la potestad de un jefe de familia.

El hombre *sui iuris* o *paterfamilias* romano podía ejercer cuatro potestades:

- *Dominica potestas*: Era la potestad que ejercía sobre sus esclavos.
- *Patria potestas*: Potestad que ejercía sobre los miembros libres de su familia.
- *Manus*: Poder que ejercía sobre las mujeres que formaban parte de la familia, al casarse con él o con un *filiusfamilias*.
- *Mancipium*: Poder que ejercía un hombre libre sobre otro hombre libre. Era la potestad que ejercía el *paterfamilias* sobre los *filiifamilias* de otros vendidos al *pater*, o cedidos a éste para la expiación de un delito cometido por ellos.

La mujer *sui iuris* recibía el nombre de *materfamilias*, estuviese o no casada, siempre que fuese de costumbres honestas; podía tener un patrimonio y ejercía el poder sobre sus esclavos. Sin embargo, la patria potestad, la *manus* y el *mancipium*, correspondían exclusivamente a los hombres.

Al hacer el estudio de la familia romana se explicará con detalles quiénes eran *alieni iuris* y cuál era su condición jurídica.

EXTINCIÓN O PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

Las causales de extinción o pérdida de la capacidad jurídica en Roma eran dos: La muerte y la *capitis deminutio*.

- **La muerte:** El concepto jurídico de muerte coincide con el concepto biológico, es decir, se produce cuando la persona deja de respirar y se le paraliza el corazón. En los textos romanos no se encuentra ninguna afirmación de presunciones de muerte en caso de ausencia.

  Como afirma Luis René Viso, mientras los juristas clásicos afirmaban que no había transmisión de derecho entre los conmorientes, los compiladores justinianeos introdujeron la regla de que en caso de conmoriencia entre padres e hijos debía presumirse que los hijos púberes habían muerto después que los padres y los púberes antes. La muerte de una persona señala el comienzo de su sucesión y la aplicación de las instituciones del Derecho hereditario, así como el surgir de una serie de obligaciones de tipo religioso y social, alguna de las cuales tenían sanción jurídica como en el caso de la viuda, quien deberá esperar diez meses o un año de la muerte del marido para poder contraer nuevas nupcias.

- **La *capitis deminutio*:** La palabra *caput*, como se dijo anteriormente, significaba "cabeza", se aplicaba tanto para los hombres libres como para los esclavos. Ya en las Instituciones de Justiniano dicha expresión se utiliza en el sentido de personalidad; ello significa que la expresión *capitis deminutio* que en un principio significó disminución del grupo social o de la familia en una cabeza, más tarde se utilizó en el sentido de pérdida o de disminución de la capacidad jurídica.

  Los romanos distinguieron tres tipos de *capitis deminutio*: la máxima, la media y la mínima.

  a) ***Capitis deminutio* máxima:** Era la pérdida del *status libertatis*, es decir, la pérdida de la libertad. En el Derecho justinianeo incurrían en *capitis deminutio* máxima los libertos condenados por ingratitud para

con su antiguo amo; los condenados a las bestias o a las minas, o sea, los llamados "siervos de la pena"; y los hombres libres que se hacían vender como esclavos para luego participar del precio de la venta.

b) ***Capitis deminutio* media:** Era la pérdida de la ciudadanía romana y, como consecuencia, la familia. Se producía cuando alguien sufría de interdicción del agua y del fuego, o sea, el exilio, y cuando alguien era deportado a una isla. El individuo que sufre la *capitis deminutio* media deja de ser ciudadano romano y pasa a ser peregrino.

c) ***Capitis deminutio* mínima:** Era un cambio en el *status familiae*, es decir, un cambio de familia, lo cual se producía en los siguientes casos:

- **Adrogación:** Cuando el *paterfamilias* era adoptado por otro *paterfamilias*.
- **Legitimación:** Cuando se convierten en legítimos a los hijos habidos en un concubinato.
- **Emancipación:** Cuando un ***alieni iuris*** era excluido de la familia y también cuando se revocaba la emancipación.
- **Adopción:** Cuando un hijo de familia es dado en adopción a otro ***paterfamilias.***
- ***Mancipium:*** Cuando un *alieni iuris* ha sido cedido en *mancipium* a otro *paterfamilias*.
- ***Manus*:** Cuando una mujer contrae justas nupcias y pasa a estar bajo la potestad del marido o del *paterfamilias* de este.

LA PERSONA JURÍDICA O COLECTIVA

Sujeto de derecho no es solamente el hombre individuo, puede serlo también una asociación de hombres considerada como un ente ella misma, haciendo abstracción de las personas que la forman. El Derecho romano reconoció también capacidad jurídica a estas entidades, distintas del hombre o ser humano, como el Estado, los municipios, los gremios, etc.

Los romanos no hicieron una teoría acerca de esos entes que hoy la doctrina moderna denomina personas jurídicas, morales, abstractas, incorporales, etc.; sin embargo, no se puede negar que las conocieron y establecieron reglas para su creación y funcionamiento. Para ellos eran colectividades creadas a imagen y semejanza del Estado, que tienen bienes comunes, fondos propios y un representante o "síndico".

Siguiendo al profesor Hurtado Olivero, se puede afirmar que las personas jurídicas se clasifican en personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho privado. Entre las primeras están el Estado y los municipios, y entre las segundas se mencionan las corporaciones y las fundaciones.

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

a) El Estado: Es una colectividad jurídica que representa el conjunto de ciudadanos y cuyos representantes necesarios son los gobernantes. Al Estado romano se le conoció también con el nombre de *populus romanus*, ya que la expresión *populus* en un principio se empleó para designar exclusivamente a la población patricia, pero en tiempos de Gayo comprendía tanto a los patricios como a los plebeyos.

b) Los municipios: Son organismos creados para el mejor gobierno de las ciudades conquistadas por Roma. Con ellos nace el concepto de persona jurídica, pues originariamente no existió en el Derecho romano tal concepto, ya que como inevitable consecuencia debía producirse la representación, la cual no era admitida en los primitivos usos romanos; es solo cuando la representación fue admitida y cobra vida propia el mandato que la persona jurídica nace con caracteres propios.

Esta idea de persona jurídica comienza con los municipios, luego se extiende a las corporaciones y finalmente al Estado.

Los municipios poseen patrimonio propio para afrontar sus necesidades, estatutos propios que rigen su vida y actividades, y representantes legales, que eran las personas encargadas del Gobierno y administración de las ciudades.

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

a) Las corporaciones: Es el conjunto de personas que se reúne para realizar fines comunes de actividad general, persiguiendo la obtención de lucro.

Los requisitos necesarios para la existencia de una corporación eran los siguientes:

a) La existencia de una colectividad de individuos, no menor de tres personas para constituirla, aun cuando posteriormente podían continuar funcionando con una sola persona.
b) Comunidad de fines y utilidades perseguidas.
c) La autorización del Estado, que podía ser otorgada por disposiciones generales o especiales, siempre y cuando no vulneraran el orden público, las leyes o las buenas costumbres. Esta autorización podía ser

expresa o tácita, en caso de aceptación o reconocimiento de algún acto realizado por el ente social.

La corporación gozaba de personalidad jurídica, por lo cual podía adquirir derechos y obligaciones, obligándose la corporación y no sus miembros o asociados. La corporación actúa a través de un representante legal o síndico que tiene sus poderes o facultades determinados en sus estatutos o reglamentos de la misma.

b) **Las fundaciones:** Eran asociaciones de personas sin fines de lucro, tales como hospitales, colegios sacerdotales, asilos, etc.

La fundación como personificación de un patrimonio destinado a un fin, por la voluntad del que la instituye, no fue reconocida en el Derecho clásico, por lo cual para hacer esto se valían de un modo indirecto: el patrimonio destinado a este fin lo atribuían por acto entre vivos o *mortis causa* a una tercera persona o a una corporación, considerando el cumplimiento del fin como una carga impuesta al patrimonio adjudicado.

Con el tiempo se miró a este adjudicatario como mero administrador, especialmente en la época de los emperadores cristianos, respecto a los bienes destinados a fines de caridad y piedad, tales como orfelinatos, asilos de pobres, asilos de ancianos, entre otros.

CAPÍTULO II

AUTOEVALUATIVO

I. Llene los espacios en blanco con la información que completa el sentido de los enunciados.

1. En Roma los esclavos manumitidos sin solemnidad se convierten en _____
2. El *alieni iuris* y el loco pueden tener capacidad de goce, pero no tienen capacidad de _____.
3. La *manumissio* _____ consistía en una ceremonia solemne por medio de la cual se liberaba a un esclavo.
4. La Ley Aelia Sentia prohibió las manumisiones hechas _____ _____.
5. En Roma un liberto podía adquirir ingenuidad en virtud de _____ _____ sin hacer desaparecer el derecho de patronato.
6. En virtud de _____ el ciudadano romano muerto en poder del enemigo se consideraba muerto en el momento de ser capturado.
7. En el año 212 d.C. el emperador Caracalla concedió _____ _____ a todos los habitantes del Imperio.
8. El ciudadano romano que gozaba de todos los derechos públicos y privados recibía el nombre de _____.
9. La potestad que ejercía el *paterfamilias* sobre sus esclavos recibía el nombre de _____.
10. El individuo que sufre _____ deja de ser ciudadano romano y pasa a ser peregrino.

II. En cada uno de los siguientes enunciados encierre en un círculo la respuesta que considere correcta:

11. El hijo nacido de justas nupcias sigue la condición:
    a) Del padre en el momento del nacimiento.
    b) De la madre en el momento del nacimiento.
    c) Del padre en el momento de la concepción.
    d) De la madre en el momento del parto.
12. La Ley Fufia Caninia estableció que:
    a) No se puede manumitir adoptar a un esclavo menor de 30 años.

b) Solo se puede manumitir un número de esclavos proporcional a los que se tiene.
c) Prohibió las manumisiones hechas por un patrón menor de 20 años.
d) Prohibió las manumisiones realizadas en fraude de los acreedores.

13. Consiste en la entrega de un ciudadano romano a una ciudad extranjera:
a) *Ius postliminium*
b) *Fictio Legis Corneliae*
c) *Servus sine domino*
d) *Noxae dedictio*

14. La pérdida del *status existimationis* ocasiona que la persona:
a) Caiga en estado de esclavitud
b) Caiga en estado de infamia
c) Pierda la ciudadanía romana
d) Sea considerado un *servus publicus*

15. La Ley Plaetoria establecía sanciones para quien:
a) Se aprovecha de la inexperiencia de un menor de 25 años
b) Compra bienes de impúberes sin autorización del tutor
c) Se hace pasar por libre siendo un esclavo.
d) Vende bienes propios sin la autorización de un curador

16. En Roma las corporaciones
a) Tenían fines no lucrativos
b) Eran personas de Derecho público
c) No poseen patrimonio propio
d) Gozaban de personalidad jurídica

17. Eran los antiguos habitantes del Lacio y su condición jurídica era muy similar a la de los ciudadanos romanos:
a) Latinos veteres
b) Latinos *coloniarii*
c) Latinos junianos
d) Peregrinos dediticios

18. Las manumisiones no solemnes convierten al esclavo en:
a) Ciudadano romano
b) Peregrino
c) Ingenuo
d) Latino juniano

19. La persona sometida a adrogación sufre una:
    a) *Capitis deminutio* máxima
    b) *Capitis deminutio* media
    c) *Capitis deminutio* mínima
    d) Pérdida del *status libertatis*

20. La *dominica potestas* era la potestad que el *paterfamilias* romano tenía sobre:
    a) Las personas libres que formaban parte de su familia
    b) Los esclavos
    c) Las mujeres que ingresaban a su familia por vía de matrimonio
    d) Los hombres libres que le eran entregados en *mancipium*

III. En cada uno de los siguientes planteamientos, coloque en el lugar señalado la letra de la alternativa que le corresponde:

21. Capacidad relacionada con los derechos patrimoniales. ( )
22. Castigaba al que se aprovechase de la inexperiencia de un menor de 25 años. ( )
23. Es la estimación social, el estado de dignidad ilesa. ( )
24. Establece que el ciudadano romano prisionero del enemigo, si regresa readquiere sus derechos. ( )
25. Eran aquellos individuos que no siendo ciudadanos romanos vivían dentro de la ciudad, amparados por el Derecho de gentes. ( )
26. Era la potestad que ejercía el *paterfamilias* sobre sus esclavos. ( )
27. Son organismos creados para el mejor gobierno de las ciudades conquistadas por Roma. ( )
28. Era la pérdida del *status libertatis*. ( )

Alternativas

a) Patria potestad
b) *Fictio legis Cornelia*
c) *Connubium*
d) Bárbaros
e) *Ius postliminium*
f) *Dominica potestas*
g) *Manus*
h) *Commercium*
i) *Capitis deminutio* media
j) *Mancipium*
k) Peregrinos
l) Corporaciones
m) *Status existimationis*
n) *CApitis deminutio* máxima
o) *Sufragium*
p) Fundaciones
q) Ley Fufia Caninia
r) Ley Plaetoria
s) Ley Aelia Sentia
t) Municipios

CAPÍTULO III

DERECHO DE FAMILIA

RELACIONES Y DERECHOS FAMILIARES EN EL DERECHO ROMANO

Tal como lo expresa el maestro Bonfante, es muy distinto el concepto que los romanos tenían de la familia y de las relaciones familiares, de lo que es la familia natural, tal como se entiende en Derecho moderno. Sin embargo, este concepto primitivo de familia hubo de sufrir necesarias transformaciones para ir adaptándose poco a poco a los cambios sociales que en todo tiempo se producen. Ya en el Derecho justinianeo la estructura familiar romana es muy diferente de lo que fue en los comienzos de la *civitas*, sobre todo en instituciones como la tutela y la curatela, que adquieren su verdadero significado de protección y asistencia al disminuido.

Seguidamente se hará una exposición sobre la familia romana con sus principales características e instituciones.

LA FAMILIA ROMANA

Hay que distinguir la familia romana en sentido estricto, o sea, la familia *propio iure*, de la familia en sentido amplio o familia *communi iure*. La primera está formada por un grupo de personas unidas entre sí por la autoridad que uno de ellos, el *paterfamilias,* ejerce sobre los demás. La familia *communi iure* está formada por el conjunto de todas aquellas personas que estarían sujetas a la misma autoridad, si el *paterfamilias* común no hubiese muerto. Es decir, a la muerte del *paterfamilias* sus hijos varones sometidos a la patria potestad, forman a su vez nuevas familias *propio iure*, pero todos los que estuvieron sometidos a la autoridad de un mismo *paterfamilias* continúan unidos por un parentesco civil, llamado "agnación" (*agnatio*), el cual se explicará más adelante. En consecuencia, las personas que estuvieron sometidas a la *patria potestas* de un mismo *paterfamilias*, constituyen los agnados.

Este grupo familiar ampliado constituye un clan familiar que en Roma recibía el nombre de *gens*.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA ROMANA

Existen varias hipótesis acerca del origen y función de la familia romana. A este respecto es de gran importancia la tesis expuesta por Bonfante, para quien la familia es un grupo preexistente a la *civitas*, nacido originariamente por razones de orden y defensa, esto es, un organismo político con la misma finalidad y los mismos caracteres del Estado.

Esta naturaleza de la familia, si nos remontamos a los tiempos más antiguos, la encontramos en primer lugar en los poderes del *pater*, iguales a los de la cabeza de un grupo político y que serían incomprensibles si lo tratamos de explicar solamente desde un punto de vista doméstico.

En segundo lugar, los elementos estructurales del grupo son similares a los de un Estado, se forma parte de la familia como se forma parte de un Estado, por nacimiento o por someterse a la potestad del jefe, perdiendo todo vínculo con el grupo al que se pertenecía primeramente; nadie puede pertenecer a dos grupos políticos.

Del mismo modo, las instituciones hereditarias no son más que la designación en la soberanía por parte del *pater*. La familia tiene su culto, sus ceremonias sus auspicios y sus tratados.

En época histórica la autoridad del Estado no se ejercitaba directamente sobre los individuos, sino sobre los grupos. Al afirmarse la autoridad del Estado, la familia fue perdiendo su autonomía y su carácter de grupo político, conservando por largo tiempo su estructura. La disgregación de la familia se acentuaría bajo el Imperio y en el Derecho justinianeo desaparece esta "estructura exterior" del primitivo organismo familiar.

EL PARENTESCO

El parentesco es el vínculo que une a los miembros de una familia. Los romanos conocieron tres tipos de parentesco: la agnación, la cognación y la afinidad. En Derecho moderno existen solamente los dos últimos. Seguidamente se estudiarán cada uno de los tipos de parentesco.

LA AGNACIÓN

La agnación (*agnatio*) es un parentesco puramente civil, extraño al vínculo de la sangre, que tiene su fundamento en la institución de la patria potestad.

La familia agnaticia romana está constituida por las siguientes personas:

a) El *paterfamilias*.
b) Los descendientes del *paterfamilias*, sometidos a su patria potestad, sin importar el sexo ni la edad.
c) La esposa del *paterfamilias*, si está casada *cum manu*.

d) Las esposas de los descendientes del *paterfamilias*, solo si están casadas *cum manu*.
e) Las personas extrañas que han sido incorporadas a la familia por adopción o adrogación.
f) Los que nunca estuvieron bajo la potestad del *paterfamilias*, pero que lo estarían si este viviera. Por ejemplo, el hijo póstumo o la mujer que contrae matrimonio después de la muerte del *pater* con un descendiente de este que hubiera estado bajo su potestad, vienen a ser agnados de todos los que estuvieron bajo la potestad de ese *paterfamilias*.

El vínculo agnaticio no desaparece con la muerte del *pater*, de tal manera que los que estaban sometidos a la patria potestad continuarán ligados por el vínculo de agnación aun después de la muerte del *pater*.

El parentesco agnaticio se prolonga hasta el infinito, pero solo se transmite por vía de varones; los hijos de las hijas casadas pasan a formar parte de la familia agnaticia de los maridos de estas. De igual manera, el hijo que es adoptado pierde el parentesco agnaticio con su familia natural y pasa a formar parte –como agnado– de la familia del padre adoptante.

El vínculo de la agnación tenía gran importancia en los primeros tiempos de Roma, ya que la familia civil estaba fundada exclusivamente en la agnación, y tal como señala la Ley de las XII Tablas, en caso de que el *paterfamilias* muriera sin haber hecho testamento, se abría la sucesión *ab-intestato* o legítima, llamándose en primer lugar a los *heredes sui* (herederos suyos), que son los descendientes legítimos o adoptivos, colocados directamente bajo la potestad del *paterfamilias*.

LA COGNACIÓN

Es el parentesco de sangre que se origina entre personas que descienden unas de otras o que tienen un tronco común.

El parentesco cognaticio puede ser en línea recta o en línea colateral. Es en línea recta cuando las personas descienden unas de otras, pudiendo ser ascendente o descendente, según se ascienda de la prole hacia el tronco común o se descienda del tronco común hacia la prole.

Es colateral cuando las personas no descienden una de las otras, sino que tienen un tronco común, como es el caso de los hermanos, tíos, sobrinos, primos, entre otros.

En línea recta el parentesco se cuenta por grados, según el principio de que cada generación constituye un grado. Por ejemplo, el nieto está en segundo grado con respecto al abuelo porque median dos generaciones.

Para determinar el parentesco en la línea colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona cuyo parentesco se trata de establecer. Por ejemplo, entre hermanos existe parentesco en línea colateral de segundo grado, porque subiendo de uno de ellos hasta el padre común hay una generación (o sea, un grado) y bajando hasta el otro uno más.

Con respecto a los hermanos, los que tienen padre y madre comunes se llaman hermanos germanos o bilaterales; los que son del mismo padre pero distinta madre, son hermanos consanguíneos; y si solo tienen la misma madre se denominan hermanos uterinos.

LA AFINIDAD

Es el vínculo que existe entre un cónyuge y los parientes del otro. La afinidad no tiene grados, pero existe el principio de que en el mismo grado en que una persona es cognado de uno de los cónyuges es pariente afín del otro. Por ejemplo, entre suegro y yerno existiría parentesco en línea recta, en primer grado por afinidad.

Entre cónyuges no existe ningún parentesco; sin embargo, el parentesco por afinidad no desaparece cuando se disuelve el vínculo matrimonial; de tal manera que, por ejemplo, el parentesco por afinidad que existe entre suegra y yerno no desaparece aun cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial.

LA PATRIA POTESTAD

CONCEPTO

No es posible encontrar en las fuentes romanas un concepto de patria potestad, pero se sabe a ciencia cierta que esta era el poder que ejercía todo jefe de familia, es decir, el ascendiente de mayor edad, sobre sus hijos y descendientes hasta el infinito.

La patria potestad correspondía únicamente a los varones, nunca podía ser ejercida por las mujeres. A la muerte del *paterfamilias* todos sus hijos, cualquiera que fuese su edad, se hacían a su vez *sui iuris,* o sea, *paterfamilias.*

CARACTERÍSTICAS

Las características más resaltantes de la patria potestad en Roma eran las siguientes:

a) Contrario a lo que ocurre en Derecho moderno, donde la patria potestad es compartida por ambos padres, en Derecho romano era una potestad que correspondía únicamente a los varones y, como ya se ha dicho, en ningún caso podía ser ejercida por las mujeres.

b) Así como en Derecho moderno la patria potestad cesa cuando el hijo llega a la mayoría de edad, en Roma era perpetua. Cualquiera que fuera su edad, el hijo estaba sometido a la potestad paterna mientras el *pater* viviese.
c) La patria potestad romana no estaba establecida, como sucede hoy, en interés de las personas sometidas a ellas, sino que, sobre todo en los primeros tiempos, era un poder establecido en interés del *paterfamilias*, quien tenía -en principio- sobre los *filiifamilias* (hijos de familia) los mismos poderes que sobre sus esclavos.
d) La patria potestad no suponía necesariamente la idea de paternidad.El *paterfamilias* era el hombre *sui iuris*, jefe de familia y que no estaba bajo la potestad de nadie. Por tanto, era *paterfamilias* el soltero *sui iuris* sin hijos y el hijo -aún recién nacido- desde que se emancipaba o desde que perdía a su *paterfamilias*.

MODOS COMO UN CIUDADANO ROMANO QUEDABA SOMETIDO A LA PATRIA POTESTAD

Siguiendo a Arias Ramos, los medios por los cuales una persona podía quedar sometida a la potestad de un *paterfamilias* eran los siguientes:

a) El nacimiento: Están sometidos a la patria potestad los hijos habidos por el *pater* en su matrimonio, o los que en sus matrimonios respectivos tengan los varones sometidos a su potestad.
b) La *conventio in manum*, o sea, la *manus*, respecto de la mujer del *pater* o de las mujeres de los *filiifamilias*.
c) La adopción, respecto de los extraños que estuviesen anteriormente sometidos a la potestad de otro *paterfamilias*.
d) La adrogación, con respecto a los *sui iuris* o *paterfamilias* que se someten voluntariamente a la potestad de otro *paterfamilias*.
e) La legitimación, para los engendrados fuera del matrimonio.

A continuación se tipificarán las formas de estar bajo la potestad de un *paterfamilias* romano.

FILIACIÓN LEGÍTIMA

Los hijos legítimos del *paterfamilias* y los hijos legítimos de los varones que estén bajo su poder, o sea, los *filiifamilias*, quedan sometidos a la patria potestad.

Son hijos legítimos los nacidos de padre y madre unidos en matrimonio. La maternidad es fácilmente demostrable por el hecho cierto del parto. La paternidad en un principio era afirmada o negada libremente por el marido

y luego se estableció una presunción que ha pasado a las legislaciones modernas: la de considerar como procreados por el marido a los hijos nacidos después de 180 días de contraído el matrimonio y antes de los 300 de su disolución, salvo prueba en contrario.

CONVENTIO IN MANUM

La mujer romana al contraer matrimonio seguía perteneciendo a su familia agnaticia de origen; si se quería hacer entrar a la mujer en la familia agnaticia de su marido, el matrimonio debía acompañarse de la *conventio in manum*, en virtud de la cual la mujer sufría una *capitis deminutio* mínima, abandonando su familia anterior y pasando a formar parte de la familia de su marido, colocándola bajo la autoridad del jefe del grupo.

La *manus* se podía adquirir de tres formas distintas:

a) La *confarreatio*: Consistía en una ceremonia exclusiva de las familias patricias, celebrada en presencia de diez testigos y del sumo pontífice, haciéndose al mismo tiempo un sacrificio en honor del dios Júpiter. En el acto se comía un pan de trigo –*farreus*– y se pronunciaban palabras solemnes desconocidas hoy en día. Esta ceremonia además de hacer adquirir la *manus* sobre la mujer, producía otros efectos de carácter religioso.

b) La *coemptio*: No era otra cosa que la venta (*mancipatio*) de la mujer en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos y del *librepens* (persona que sostenía una balanza). Las formalidades eran las mismas que para la *mancipatio*, pero con palabras distintas, a fin de producir efectos diferentes.

c) El *usus*: Resultaba de la cohabitación continuada de la mujer y el marido por un año. La mujer podía evitar caer en la *manus* del marido separándose durante tres noches del lecho conyugal antes de cumplirse un año: esto se llamaba *usurpatio trinoctii*.

LA ADOPCIÓN (*ADOPTIO*)

La *adoptio* era el acto por medio del cual un *filiusfamilias* pasa de la potestad de su *paterfamilias* originario a la potestad de otro *paterfamilias*. Para que esto pudiera llevarse a cabo era preciso emancipar previamente al hijo; esta emancipación se llevaba a efecto mediante la triple venta que el padre originario hacia de él. A la tercera venta el emancipado quedaba *in mancipium*, bien sea de un tercero o del antiguo *paterfamilias*. Luego el padre adoptante reivindica en juicio al adoptado como propio, frente a aquel que lo tiene *in mancipium*, este no se oponía y el magistrado procedía a entregar al adoptado al nuevo *paterfamilias*.

El adoptado sale de su familia originaria, perdiendo todo derecho de suceder a su padre anterior y pasa a formar parte de una nueva familia agnaticia.

En el Derecho justinianeo se elimina el complicado procedimiento de la triple venta y la adopción se presenta como un acto realizado entre dos *paterfamilias* con el consentimiento del adoptado.

Justiniano distingue dos tipos de adopción:

a) La *adoptio plena*: Es la realizada por el abuelo paterno o materno.

b) La *adoptio minus plena*: Que es la realizada por un extraño.

Este último tipo de adopción no comporta la salida del adoptado de su familia de origen, ni la pérdida de sus derechos de sucesión, ni el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado, simplemente le atribuye al adoptado derechos sucesorales como heredero del adoptante, siempre y cuando este muera intestado.

LA *ADROGATIO*

Es una institución por medio de la cual un *paterfamilias* se somete a la potestad de otro *paterfamilias*, es decir, es la adopción de un *sui iuris*.

El padre arrogante adquiere la patria potestad sobre el arrogado, así como todos los derechos transmisibles del arrogado y también la patria potestad sobre todas las personas libres *alieni iuris* sometidas a este último.

La arrogación es una ceremonia solemne que se realiza delante de los comicios curiados, presididos por el sumo pontífice. Más tarde se admite que la arrogación pueda realizarse por medio de un simple rescripto del príncipe.

LA LEGITIMACIÓN

Aparece en la época cristiana, cuando la familia agnaticia había perdido su antigua importancia. Es una institución por medio de la cual los hijos habidos fuera del matrimonio, de la unión con una concubina, adquieren la condición de hijos legítimos.

No todos los hijos habidos en uniones extramatrimoniales podían ser legitimados, solamente los llamados naturales en sentido estricto, que son los nacidos de un concubinato. El concubinato no era una relación pasajera, sino una relación estable de convivencia a la que le faltaba la intención matrimonial (*affectio maritalis*).

En Roma existieron tres formas de legitimación:

a) Por subsiguiente matrimonio de los padres.

b) Por rescripto del príncipe: Establecida por Justiniano, exigiéndose como requisito la carencia de hijos legítimos.

c) Por oblación a la curia (*per oblationem curiae*), que consistía en adscribir los hijos a la curia o casar a las hijas con un decurión (funcionario de la curia).

MODOS DE SALIR DE LA POTESTAD

Los modos por los cuales un ciudadano romano *alieni iuris* se convertía en *sui iuris*, es decir, salía de la patria potestad, eran:

a) **Muerte o pérdida de la ciudadanía romana del *paterfamilias*:** A la muerte del *paterfamilias*, cada uno de los *filiifamilias* sin ascendientes, se convierte en *sui iuris*, es decir, cada uno de ellos comienza a tener su propia familia y recibe el nombre de *paterfamilias*. Si el paterfamilias pierde la ciudadanía romana, bien sea por esclavitud o por otras causas, los *filiifamilias* se convierten en *sui iuris*, por cuanto la patria potestad es un derecho propio de los ciudadanos romanos que no podía ser ejercido por extranjeros. Es preciso recordar que en caso de cautiverio la patria potestad quedaba en suspenso, ya que en virtud del *ius postliminii* si el *pater* retornaba a Roma readquiría la patria potestad.

b) **Emancipación:** Es un acto por medio del cual el *filiusfamilias* se libera de la patria potestad y adquiere la cualidad de *sui iuris*. Esta institución se basa en el principio establecido por la Ley de las XII Tablas, según el cual si el padre vende al hijo por tres veces, este sale de la patria potestad. De allí que los romanos, haciendo uso de la *interpretatio* crearon un complicado procedimiento basado en la triple venta, a fin de hacer salir al hijo de la patria potestad. El emperador Anastasio creó la llamada "emancipación anastasiana", por rescripto del príncipe, para la cual se requería solamente la solicitud del padre con el consentimiento del hijo. En el Derecho posclásico la emancipación se producía de pleno derecho cuando el hijo ocupaba determinados cargos civiles o eclesiásticos o cuando el padre cometía graves abusos en el ejercicio de su potestad.

c) **Disolución de la *manus*:** La *manus* se disuelve en una forma contraria a como se había contraído. Así, si se había contraído por medio de la *confarreatio* se disolvía mediante una ceremonia en sentido contrario, denominada *disfarreatio*. Si se había adquirido por medio de la *coemptio* se disuelve por medio de una *remancipatio*, es decir, la venta de la mujer a un tercero que la manumite. Y, como ya se dijo, si se adquirió por el *usus* se rompe por medio de la *usurpatio trinoctii*.

d) **Disolución forzosa de la patria potestad:** En el Derecho antiguo el *paterfamilias* pierde la patria potestad si el *filiusfamilias* ocupa elevados

cargos religiosos como el de *flamen dialis*, si es hombre, o virgen vestal si es mujer. En el Derecho justinianeo esto ocurre si el hijo llega a obispo o cónsul. También por razones de piedad o moralidad se pierde la potestad si se expone al hijo o induce a la hija a la prostitución, así como si incurre en incesto.

EFECTOS PERSONALES DE LA PATRIA POTESTAD

En el aspecto personal el *paterfamilias* romano tenía los siguientes derechos:

a) *Ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte sobre sus hijos): Este derecho que en un principio fue un poder absoluto del *paterfamilias*, como es lógico suponer, se fue limitando paulatinamente hasta llegar a ser en la época de los emperadores cristianos un simple poder de corrección. Constantino, al parecer, fue el primero en castigar como homicida al padre que diese muerte a su hijo. Valentiniano castigó con la pena capital a quien diese muerte al neonato y Justiniano estableció la misma pena para quien lo abandonase.

b) *Ius vendendi*: Consistía en el privilegio del *pater* de vender a sus hijos. Si vendía al hijo lo hacia esclavo; si lo cedía *in mancipium*, es decir, bajo la autoridad de otra persona libre por un tiempo limitado, se hacia *cuasi* esclavo. Es de recordar que la Ley de las XII Tablas consagra un precepto según el cual si el padre vendía al hijo por tres veces, o a la hija una sola vez, perdía la patria potestad. Justiniano declaró que el *ius vendendi* sólo era aplicable a los recién nacidos y en caso de extrema necesidad, con facultad para el vendido de adquirir la libertad mediante rescate.

c) *Ius exponendi* (derecho de exponer o abandonar al hijo recién nacido): Fue prohibido en la época imperial, estableciendo que el hijo abandonado pasara a la patria potestad de quien lo recogiera.Sin embargo, Justiniano dispuso la libertad del abandonado, aun cuando fuese recogido.

d) *Ius noxae dandi:* Era el derecho de entregar el hijo a otra persona, a los fines de liberarse de las consecuencias de un acto ilícito cometido por el hijo. El hijo cedido en esta forma quedaba *in mancipium* de quien lo recibía. Este derecho fue abolido por Justiniano.

EFECTOS PATRIMONIALES DE LA PATRIA POTESTAD

Con respecto a los efectos patrimoniales de la patria potestad, hay que señalar que el *paterfamilias* es quien tiene la plena capacidad jurídica y plena capacidad de obrar. El *alieni iuris* carece de capacidad patrimonial: No puede ser titular de derechos reales o de obligaciones. Puede realizar

válidamente negocios jurídicos a los fines de adquirir determinados derechos, pero esta adquisición no va en provecho propio sino del *pater*. El *filiusfamilias* es incapaz para actuar en juicio, activa o pasivamente, y no puede hacer testamento.

Esta incapacidad patrimonial del *filiusfamilias* se fue atenuando en el Derecho clásico y en el justinianeo; sin embargo, permanece la incapacidad para testar y la incompatibilidad de relaciones jurídicas entre el *pater* y el *filius*.

LOS PECULIOS. SU RÉGIMEN JURÍDICO

La incapacidad patrimonial del *alieni iuris* se ve notablemente disminuida gracias a la institución de los peculios, de los cuales existieron cuatro clases:

a) **Peculio profecticio:** Es el más antiguo y podían tenerlo también los esclavos. Consistía en unos bienes que el *paterfamilias* entregaba al *filiusfamilias* para que este los administrase, dedicándose generalmente al comercio o al ejercicio de alguna industria. El padre era el propietario de dichos bienes, el hijo tenía solo el disfrute y la administración, revocables en cualquier momento. El hijo no podía enajenar estos bienes ni disponer de ellos por acto de última voluntad.

b) **Peculio castrense:** Está constituido por los bienes adquiridos por el hijo durante el servicio militar. Sobre estos bienes el hijo tiene la propiedad y puede disponer de ellos por acto *inter vivos*.

c) **Peculio *quasi* castrense:** Son los bienes adquiridos por el hijo como funcionario de la Corte y en el ejercicio de cargos eclesiásticos. Se asimiló al peculio castrense.

d) **Peculio adventicio:** Está constituido por los bienes que el hijo heredaba de la madre. Sobre estos bienes el hijo tiene la propiedad, pero el usufructo y la administración corresponden al padre. Se incluyen también en esta clase los bienes recibidos por parte de ascendentes maternos y de terceros.

REFORMAS DE JUSTINIANO

Justiniano invierte radicalmente el sistema primitivo en relación con el régimen jurídico de los peculios, declarando propiedad del hijo, con meras facultades de administración y disfrute a favor del padre, todos los bienes que aquel adquiriese por cualquier modo y de cualquier procedencia, exceptuando solo los adquiridos con dinero del padre y los entregados por un tercero por gratitud o consideración al padre.

EL MATRIMONIO ROMANO

CONCEPTO

Según Camus, "el matrimonio es una institución jurídica que tiene su raíz en la naturaleza humana y así lo reconocieron los romanos. La unión de dos seres de diverso sexo contribuye a perpetuar la especie humana, aparte de que sus cualidades opuestas forman un tipo armónico capaz de realizar finalidades de orden moral y social".

El jurista Ulpiano define el matrimonio como "la unión del hombre y la mujer, que implica comunidad absoluta de existencia".

En el Digesto se encuentra la definición dada por Modestino acerca del matrimonio como "la unión del hombre y la mujer, consorcio de toda la vida, comunicación de Derecho divino y humano".

Para Bonfante, el matrimonio romano "es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea, de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada por los romanos *affectio maritalis*.

De esta definición de Bonfante se desprenden claramente los dos elementos sobre los cuales descansa el matrimonio romano: el elemento material, o sea, la cohabitación, la convivencia continua y permanente entre los cónyuges, que era imprescindible para la existencia del matrimonio; y el elemento intencional, la *affectio maritalis*, es decir, la intención de vivir como marido y mujer.

No debe confundirse el matrimonio con la *conventio in manum;* esta última institución acompañaba generalmente al matrimonio para hacer entrar a la mujer a la familia agnaticia del marido, pero no es indispensable para la existencia del matrimonio. De allí que los romanistas suelen distinguir entre el matrimonio *cum manu* o solemne y el matrimonio *sine manu* o carente de solemnidad. Esta distinción no es obra de los juristas romanos, sino de los romanistas. Los romanos solo conocieron un tipo de matrimonio: aquel fundado sobre la voluntad de los cónyuges de vivir como marido y mujer.

CARACTERÍSTICAS

De acuerdo con el profesor Chibly Abouhamad, las características del matrimonio romano son las siguientes:

a) El matrimonio en Roma era una institución de Derecho civil, por tanto solo podían contraerlo los ciudadanos romanos, o sea, aquellas personas que hubieran adquirido el estado de ciudadanía -*status civitatis*-, el cual confería el *ius connubii* (derecho a contraer justas nupcias) y el *ius*

commercii (derecho a contratar). En consecuencia, el liberto ciudadano, o sea, el esclavo manumitido en forma solemne, podía contraer matrimonio. Los latinos veteres podían también contraer justas nupcias, pues ellos gozaban del *ius connubii*. A partir de la era republicana, los patricios y plebeyos podían celebrar legítimo matrimonio entre sí, lo cual antes no les era permitido, pero la promulgación de la Ley Canuleia abolió esta prohibición.

b) A través de la institución del matrimonio, la mujer entraba a formar parte de la familia del marido; esto significa que gozaba del prestigio de su posición, de los honores de que estuviese investido y de su culto privado.

c) A través del matrimonio, el marido adquiría sobre la mujer la autoridad de un padre y se hacía propietario de sus bienes (siempre que el matrimonio fuera acompañado de la *manus*).

A estas características señaladas por Chibly Abouhamad es posible añadir las siguientes:

a) El matrimonio romano no implica ninguna solemnidad, basta el solo consentimiento de los cónyuges. Solo la adquisición de la *manus* requería de formalidades, no el matrimonio en sí.

b) El matrimonio se disolvía por el divorcio y este procede por la voluntad de uno solo de los cónyuges o por mutuo consentimiento.

c) La autoridad pública no intervenía en la celebración del matrimonio, pues los esposos se casaban y se divorciaban sin hacer ninguna manifestación.

REQUISITOS

En líneas generales, los requisitos que los romanos exigían para la validez del matrimonio eran los siguientes:

a) **Ausencia de un matrimonio anterior:** El matrimonio romano es esencialmente monogámico. La bigamia trae como consecuencia la tacha de infamia y era castigada como un delito público.

b) **Capacidad natural de los esposos:** No pueden contraer matrimonio los impúberes, o sea, los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce. En el Derecho justinianeo también se prohibió el matrimonio a los eunucos.

c) **Consentimiento de los contrayentes:** En los primeros tiempos el único consentimiento legal era el del *paterfamilias*, pero posteriormente el consentimiento de los futuros cónyuges, aun bajo potestad, fue condición indispensable para contraer matrimonio. Este consentimiento no es solo inicial, como sucede en Derecho moderno, sino que debe ser duradero,

ya que de lo contrario la falta de la *affectio maritalis* implica la terminación del matrimonio.

d) **Consentimiento del *paterfamilias***: "Esencial en un principio, fue reducido por la jurisprudencia a los límites de un mero asentimiento pasivo, ya que puede ser manifestado mediante el silencio, o sea, sin oponerse al matrimonio, aunque no con efecto retroactivo. Si el *paterfamilias* estaba prisionero de guerra o ausente, se admitía que los hijos pudiesen contraer matrimonio sin su consentimiento, pero en Derecho justinianeo se exigía que hubieran transcurrido tres años. Si estaba loco, con o sin intervalos de lucidez (*furiosus* o *mentecaptus*), Justiniano estableció definitivamente, terminando la cuestión que se había planteado, la intervención del magistrado en lugar del *paterfamilias*, después de haber oído al curador y a los parientes principales". La Ley Julia del año 736 permitió al hijo casarse con autorización del magistrado, en caso de negativa injustificada del padre.

e) **Capacidad civil**: Es el *connubium* o capacidad legal para contraer justas nupcias. Esta capacidad la tenían solamente los ciudadanos romanos entre sí (y también los latinos *veteres*, como ya se dijo). Los peregrinos no gozaban del *connubium*, por lo que no podían contraer justas nupcias.

f) **Ausencia de impedimentos matrimoniales**: Existían determinadas circunstancias que, bien en forma absoluta o bien en forma relativa, impedían la celebración del matrimonio. Seguidamente se expondrán esas circunstancias.

LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Estos impedimentos obedecen a razones de orden ético, social y político, y también en el nuevo Derecho surgen debido a la intolerancia religiosa.

Los impedimentos pueden ser absolutos y relativos. Son absolutos aquellos que impiden el matrimonio con cualquier persona, es decir, que producen una incapacidad absoluta para el matrimonio. Los relativos establecen una incapacidad relativa para la celebración del matrimonio entre ciertas personas.

Impedimentos absolutos

a) Existencia de un matrimonio anterior.

b) Esclavitud de uno de los cónyuges. Como es sabido, los esclavos no podían contraer matrimonio porque estaban privados del *connubium*, al igual que los peregrinos, los latinos coloniales y los junianos. A veces se concedía el *connubium* a título individual a personas que no fuesen ciudadanos romanos.

c) En el Derecho nuevo también el voto de castidad y el pertenecer a ciertas órdenes religiosas, constituía impedimento absoluto para el matrimonio, como es el caso de los sacerdotes católicos.

Impedimentos relativos

a) El parentesco de sangre dentro de ciertos grados: En línea recta se prohíbe hasta el infinito; en línea colateral está prohibido hasta el tercer grado, es decir, entre hermanos y entre tío y sobrina; en cambio, está permitido el matrimonio entre primos hermanos. Un senadoconsulto de la época del emperador Claudio permite el matrimonio entre tío y sobrina (pero no entre tía y sobrino), siempre que la sobrina sea hija del hermano y no de la hermana. Este es un ejemplo típico del *ius singulare* romano, ya que esto se hizo con el único fin de que el emperador Claudio pudiese contraer matrimonio con su sobrina Agripina, hija de su hermano Germánico.

b) En el Derecho cristiano también constituía impedimento el parentesco espiritual entre padrino y ahijada.

c) La afinidad era también impedimento para el matrimonio en línea recta; y en línea colateral, entre cuñados no se prohibió el matrimonio sino a partir de Constantino.

d) El adulterio y el rapto: Estaban prohibidas las nupcias entre la adúltera y su cómplice y entre raptor y raptada.

e) Razones de tutela o de cargo público: Estaba prohibido el matrimonio entre el tutor, su *paterfamilias* o sus descendientes y la pupila antes de la rendición de cuentas. También se prohibía el matrimonio entre un gobernador de provincia y una mujer oriunda de la provincia o domiciliada en ella.

EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Según Chibly Abouhamad, las consecuencias del matrimonio pueden ser estudiadas en relación con los esposos, con los bienes y con los hijos:

- En relación con los cónyuges: Produce las siguientes consecuencias:
  a) Como consecuencia del matrimonio, la mujer seguía al marido a su domicilio y tenía derecho a su protección y sustento.
  b) La mujer lleva además el nombre del esposo y adquiere su posición social, conservándola hasta después de la muerte del marido, siempre que no volviese a contraer nupcias.

c) Los cónyuges toman los nombres de *vir et uxor* (marido y mujer) y se deben mutuamente fidelidad conyugal, cuya violación constituye el delito de adulterio.
d) Si el matrimonio es *cum manu*, la mujer entra a formar parte de la familia civil del marido, lo cual no sucede en caso de matrimonio *sine manu*, pues este no modifica la condición de la mujer.

- **En relación con los bienes:** El régimen patrimonial del matrimonio romano era el siguiente:
  a) En caso de matrimonio *cum manu* se aplica la regla de la unidad patrimonial, es decir, el régimen de absorción de bienes, por cuanto el marido absorbe los bienes de la esposa, o sea, el marido se hace propietario de los bienes de la mujer.
  b) En caso de matrimonio *sine manu* se aplica el régimen de la separación de patrimonios, o sea, cada esposo conserva su propio patrimonio. Es por ello que se consideraba justo que la mujer contribuyese también con las cargas del hogar, debido a lo cual se creó la institución dotal.

- **En relación con los hijos:** El matrimonio produce las siguientes consecuencias:
  a) Los hijos son considerados legítimos.
  b) Siguen la filiación paterna.
  c) Están sometidos a la potestad de su padre, si este es *sui iuris*, o del abuelo si el padre es *alieni iuris*.
  d) Son cognados de sus padres, pues son descendientes de un autor común.
  e) Son *alieni iuris* y forman parte de la familia agnaticia del padre.
  f) El padre puede designarles un tutor testamentario, en caso de que su fallecimiento extinguiera la patria potestad y los hijos quedasen impúberes *sui iuris*.
  g) Son considerados hijos del matrimonio los nacidos 180 días después de la celebración y los que nacen durante los 300 días siguientes a la disolución o anulación del vínculo matrimonial.

LA DOTE

Como ya se ha dicho, en el matrimonio *sine manu* existe separación patrimonial entre los cónyuges, por lo cual se creó la dote como una manera de que la mujer contribuyese con las cargas del hogar.

La dote es un conjunto de bienes que la mujer u otra persona en su lugar, entrega a su marido para ayudarle a soportar los gastos del hogar.

CONSTITUCIÓN DE LA DOTE

La dote podía ser constituida de diversas maneras, las cuales fueron las siguientes:

a) *Datio dotis*: Era la transferencia real y efectiva de los bienes que constituían la dote, utilizando las formas de transmitir la propiedad según la naturaleza de dichos bienes.

b) *Dictio dotis:* Era una forma especial y solemne utilizada en el Derecho clásico, de la cual se desconocen sus formalidades. Constituía un contrato *verbis,* pues se hacía mediante el pronunciamiento de palabras solemnes.

c) *Promissio dotis:* Era un negocio jurídico solemne que se hacía por medio de la *stipulatio,* la cual consistía en una pregunta seguida de una respuesta afirmativa y congruente.

En un comienzo la dote era propiedad del marido, pero luego se fue aceptando que la misma se establecía en beneficio de la mujer y que, por lo tanto, el marido solo tenía la administración de los bienes dotales, pero no la propiedad de los mismos.

Justiniano dispuso que el marido no podía enajenar ni hipotecar los bienes dotales, ni aun con el consentimiento de la mujer y, asimismo, estableció una hipoteca privilegiada a favor de la mujer sobre los bienes del marido, para garantizar la devolución de la dote.

RESTITUCIÓN DE LA DOTE

La devolución de la dote podía exigirse en el Derecho clásico mediante dos acciones:

a) La *actio ex stipulatu:* Era una acción de Derecho estricto, por lo cual el constituyente no podía reclamar sino lo que se había estipulado en el acto de constitución de la dote.

b) La *actio rei uxoriae*: Acción independiente de pactos y estipulaciones, que podía ejercer la mujer viuda o divorciada o el padre de ella si había constituido la dote.

Justiniano introduce profundas reformas en materia de dote, dirigidas a fortalecer la posición de la mujer:

a) Funde las dos acciones del Derecho clásico, la *actio ex stipulatu* y la *actio rei uxoriae* en una sola, que se llamó *actio de dote.*

b) El marido ya no es considerado propietario de los bienes dotales, sino un mero usufructuario.

c) Extiende la prohibición de enajenar el fundo dotal itálico a los fundos provinciales.

d) Establece una hipoteca general privilegiada sobre los bienes del marido para asegurar la devolución de la dote.

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

El matrimonio romano se disuelve por las siguientes causas.

a) Muerte de uno de los cónyuges.

b) Pérdida de la capacidad o *capitis deminutio* de uno de los cónyuges:
   - *Capitis deminutio* máxima: Esto podía suceder bien por hacerse esclavo de un particular, o bien por hacerse *servus poenae* (siervo de la pena) por condena o por caer en poder del enemigo. Es necesario aclarar que cuando el matrimonio se disuelve por la prisión de guerra, no se puede rehacer en virtud del *ius potliminii*, como sí sucede con los derechos familiares o patrimoniales (por ejemplo, la patria potestad), precisamente porque el matrimonio romano no es un derecho, sino una relación de hecho que precisa la convivencia efectiva de los cónyuges. Sin embargo, durante la época cristiana solo se permitía contraer nuevo matrimonio si constaba realmente que el marido o la mujer vivían en cautiverio y después de un plazo de cinco años, cuando fuese incierta la supervivencia.
   - *Capitis deminutio* media: No deshace el matrimonio sino, que lo convierte en un matrimonio de Derecho de gentes.
   - *Capitis deminutio* mínima: La pérdida o cambio en el *status familiae* solamente ocasiona la ruptura del matrimonio cuando produce un impedimento sobreviniente, principalmente el llamado incesto sobreviniente; por ejemplo, cuando el suegro adopta al yerno, de modo que este se convierte en hermano de la esposa. Justiniano exige antes de la adopción del yerno o nuera, la emancipación del propio hijo, con lo cual se evita la disolución del matrimonio.

c) Divorcio: Como se ha dicho, el matrimonio romano exige un acuerdo continuo; cuando este acuerdo falta, necesariamente el hombre y la mujer no pueden ser considerados como marido y mujer. Este sentimiento era tan fuerte entre los romanos que no solamente consideraban absurdo que el matrimonio perdurase cuando había cesado la *affectio maritalis*, sino que además consideraban nulo el obligarse expresamente a no divorciarse o a pagar una pena en caso de divorcio.

EL DIVORCIO

En los primeros tiempos el divorcio se practicaba libremente entre los romanos, sin que se estableciera ninguna formalidad especial y sin ninguna intervención de la autoridad pública; bastaba un simple aviso

verbal o un simple anuncio por escrito. Por este motivo, la Ley Julia prescribió que el repudio debía ser participado al otro cónyuge por un liberto, en presencia de siete testigos.

Según Bonfante, los divorcios aumentaron con la corrupción descarada que invadió Roma después de la expansión mundial de su poderío; aun más, su presencia fue la característica de esta corrupción y causa de célebres epigramas y sarcasmos.

Y añade Hurtado Olivero que los romanos se casaban y se separaban con igual facilidad sin que interviniera la autoridad pública; por ello se abusó enormemente de esto, sobre todo a partir del siglo VI de Roma y a principios del Imperio, al grado de que las mujeres, según dice un historiador, no contaban ya los años por los nombres de los cónsules, como antes, sino por los nombres de sus maridos.

Establecer penas para los que se divorciaban era algo atentatorio contra la libertad individual de los romanos, solo se aplicaban penas pecuniarias a cargo del cónyuge que había dado motivo injustificado para divorciarse y a favor del cónyuge inocente.

Sin embargo, con los emperadores cristianos comienza la lucha contra el divorcio, respetando el divorcio por mutuo consentimiento (aunque Justiniano trató, sin éxito, de eliminarlo), pero limitando el divorcio unilateral, determinando las justas causas en las que era lícito divorciarse y castigando los otros casos.

A este respecto, Justiniano distingue el divorcio *communi consensu* (por mutuo consentimiento) y el divorcio por voluntad unilateral, denominado *repudium*. En este último se distinguen tres clases:

a) *Divortium ex iusta causa*: Es el divorcio por una causa justa, señalada por la ley, implicando una falta del otro cónyuge; estas causas eran: adulterio de la mujer, atentado contra la vida del marido, tentativa de prostituir a la mujer, acusación calumniosa de adulterio por parte de la mujer, conspiración contra el emperador, etc.
b) *Divortium sine causa*: Es el divorcio sin causa justificada y que acarrea sanciones pecuniarias contra el cónyuge que ha dado lugar al divorcio, es decir, el repudiante.
c) *Divortium bona gratia*: Es el divorcio por causas no imputables a uno u otro cónyuge. Estas causas eran: reclusión en un monasterio, impotencia incurable y prisión de guerra del otro cónyuge.

EFECTOS DEL DIVORCIO

Al decir de Chibly Abouhamad, el divorcio romano produce los siguientes efectos:

a) Provoca la extinción total del vínculo conyugal. Deja en libertad a los cónyuges para contraer segundas nupcias, como se estudiará posteriormente.
b) El cónyuge culpable en la causa es castigado con penas económicas severas.
c) No perjudica la condición jurídica de los hijos habidos en el matrimonio disuelto.
d) Produce inconvenientes para los hijos que nacían después, al contraer la mujer segundas nupcias, antes de transcurrir los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio. En este sentido se podía suponer un parto, atribuyendo al primer esposo una paternidad ficticia. Podía suceder también que el marido divorciado supusiere que la mujer estuviese en estado de gravidez, pero que esta lo negara con la finalidad de suprimir el parto. En el primer caso, suposición de parto, se ordenó que la mujer avisara a su marido, dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio; si no cumplía con ello, el marido podía desconocer la paternidad, aun cuando el hijo podía reclamarla mediante la acción de *parto agnosando*. La segunda situación fue resuelta ordenándose que se depositara la mujer en casa de una mujer honesta, debiendo ser examinada por tres parteras.

DIFERENCIAS ENTRE EL MATRIMONIO ROMANO Y EL MATRIMONIO MODERNO

De conformidad con lo expuesto por el maestro Luis René Viso, hay dos concepciones totalmente opuestas acerca del matrimonio, la romana clásica y las posclásica, justiniaea y moderna. En esta para la existencia del vínculo matrimonial es necesario que el hombre y la mujer declaren en forma establecida por la ley, su voluntad de contraer matrimonio. Este consentimiento inicial recíproco, una vez expresado, hace surgir el vínculo matrimonial, generando sus consecuencias jurídicas, independientemente de que esta voluntad recíproca inicial perdure o no. Es decir, en el Derecho moderno basta con la voluntad inicial recíproca de los contrayentes; manifestada esta voluntad en la forma que la ley lo establece, ella sigue surtiendo sus efectos jurídicos, independientemente de quienes lo han manifestado. Aun en el caso de los derechos, como el nuestro, que admite la institución del divorcio, el matrimonio no termina de pleno derecho cuando las partes así lo deciden, sino que es necesario la declaración de una autoridad competente. Sin esta declaración el matrimonio perdura, independientemente del hecho de que los cónyuges quieran terminarlo. Es decir, la voluntad inicial sigue surtiendo sus efectos.

En el Derecho romano, por el contrario, el concepto es diverso. Los juristas romanos consideran que el matrimonio existe jurídicamente cuando un hombre y una mujer libre que gozan del *connubium*, que no tienen entre sí ningún impedimento legal para unirse en justas nupcias, establecen una relación conyugal efectiva y continua de estar unidos en matrimonio. Este subsiste mientras subsista esa voluntad de vivir como marido y mujer; apenas cesa esta voluntad, el matrimonio se disuelve. Por ello en el Derecho romano, a diferencia del moderno, el divorcio no se verifica por una declaración judicial, sino por faltar en cualquiera de los cónyuges esta voluntad de vivir como marido y mujer. Esta voluntad denominada *affectio maritalis*, *consensus*, etc., debe estar dirigida a establecer una unión monogámica durable para toda la vida con la finalidad de formar una familia y procrear y educar hijos, todo ello fundado sobre relaciones recíprocas de protección y asistencia. Ahora bien, no debe confundirse el objeto de esta voluntad con la duración de la misma. Decir que la unión deba ser para toda la vida no significa que la unión es indisoluble, significa que mientras subsiste esta voluntad hay matrimonio, el cual cesa al desaparecer aquella. No puede, pues, en Derecho romano, constituirse un matrimonio bajo condición o término.

LAS UNIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES

Aparte del matrimonio, en Roma existían otras uniones: el concubinato, el matrimonio de Derecho de gentes y el *contubernium*.

EL CONCUBINATO. CARATERÍSTICAS

Era una unión de orden inferior, pero lícita y estable, que presentaba algunas de las características del matrimonio.

Durante mucho tiempo el concubinato fue ignorado por el Derecho civil, es decir, no era reglamentado; solo se le tomaba en cuenta en materia penal, ya que la *Lex Julia de Adulteriis* lo exceptuaba de las penas que se aplicaban al adulterio. Posteriormente, se reconoció expresamente el concubinato, considerándolo un matrimonio de orden inferior que producía ciertos efectos jurídicos.

El concubinato reúne las características siguientes:

a) Es una unión inferior al matrimonio, entre personas de distinto sexo.
b) Al igual que el matrimonio, es una unión estable, permanente y duradera, pero difiere de este en que en él no existe la *affectio maritalis*.
c) Su estabilidad lo distingue de las uniones pasajeras, las cuales eran consideradas ilícitas.

d) Solo era permitido entre personas púberes y entre las cuales no existía parentesco del grado en que constituyera impedimento para el matrimonio.
e) Solo se permitía tener una concubina y esta debía ser mujer honesta.
f) No era permitido cuando se tenía esposa legitima.

EL MATRIMONIO DE DERECHO DE GENTES

Se denomina así por ser una institución del Derecho de gentes (*ius gentium*), que es el que regula las relaciones entre peregrinos y entre ciudadanos romanos y peregrinos; también se le conoce como matrimonio *sine connubium*.

Este matrimonio se verifica entre personas que carecían del *ius connubii*, o sea, la capacidad legal para contraer justas nupcias. Existió mientras duró la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, pero con el Edicto de Caracalla, año 212 d.C., que concedió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, dejó de existir, desapareciendo totalmente con Justiniano.

Produce los efectos siguientes:
a) Es un matrimonio, lo que lo hace superior al concubinato.
b) Es procedente la dote y puede disolverse por medio del divorcio.
c) La mujer no seguía la condición del marido y los hijos no estaban sujetos a la patria potestad.

EL CONTUBERNIO

Según Hurtado Olivero, era la unión de dos esclavos, era una unión de hecho, un simple ayuntamiento, sin efecto jurídicos, pero daba lugar a una especie de parentesco entre los hijos y de los hijos para con sus padres, que se llamó la *cognatio servilis*, que constituyó un impedimento para que estas personas ya manumitidas o liberadas de la esclavitud pudieran contraer las *iustae nuptiae*.

LAS SEGUNDAS NUPCIAS

La legislación romana frente a las segundas nupcias cambió notablemente de la época pagana a la época cristiana. En la primera época, sobre todo debido a la obra legislativa del emperador Augusto, se propiciaba la celebración de ulteriores matrimonios, ya que quienes no lo contraían incurrían en desventajas patrimoniales. Por el contrario, en la época cristiana se eliminaron las segundas nupcias, a fin de brindarle amparo y protección a los hijos del primer matrimonio.

Si el matrimonio se extinguía por muerte del marido, no se permitía a la mujer contraer nuevas nupcias hasta después de diez meses de

disuelto el matrimonio, para evitar la *turbatio sanguinis*. Si la mujer violaba esta prohibición, se le imponían penas severas: perdía todo cuanto hubiese recibido del primer marido, perdía el derecho de educar a los hijos y recaía sobre ella la tacha de infamia.

También se dictaron disposiciones aplicables tanto al varón como a la mujer en caso de segundas nupcias, tales como:

a) El cónyuge bínubo perdía a favor de los hijos del primer matrimonio, la propiedad de los lucros nupciales, es decir, todos los bienes que había recibido por concepto de dote, donaciones nupciales o por disposiciones de ultima voluntad por causa del matrimonio.
b) No podía dejar por testamento al nuevo cónyuge una porción mayor que la dejada al menos favorecido de los hijos del primer matrimonio.

LA TUTELA

Las personas *sui iuris* en Derecho romano eran las que tenían la capacidad jurídica completa, es decir, eran plenamente capaces para ser titulares de derechos y obligaciones; sin embargo, ellos podían hallarse en determinadas situaciones que les imposibilitaran para ejercitar esos derechos por sí mismos. En estos casos, su patrimonio era puesto bajo la guarda de otras personas designadas al efecto.

Esta función de protección de los *sui iuris* afectados de incapacidad, de hecho dio lugar a dos instituciones: la tutela y la curatela.

La tutela, según una definición atribuida a Servio Sulpicio y reproducida en las *institutas* de Justiniano, "era una potestad establecida sobre una persona libre, constituida y autorizada por el Derecho civil, para proteger al que, en razón de su edad, no podía defenderse por sí mismo".

Esta definición de tutela no es válida para la época primitiva, pues en esta época no era establecida a favor de los impúberes, sino de la familia, para salvaguardar la conservación de los bienes en interés de sus presuntos herederos. A fines de la República fue cuando cambió el carácter de la tutela, convirtiéndose en una institución destinada a proteger al sometido a ella y en una verdadera carga para el tutor que la ejercía.

Según Arias Ramos, para el Derecho positivo romano estuvo primitivamente en primer término la figura del tutor o curador como titular de un derecho; más tarde ocupa el lugar preferente la figura del pupilo: tutela y curatela son modeladas para servir al pupilo, la salvaguardia de cuyos intereses es una obligación del tutor o curado.

CLASES DE TUTELA

I. Según las personas sometidas a ella, la tutela fue de dos clases:

- **Tutela de los impúberes:** Están sometidas a ella todas las personas *sui iuris* que no están bajo la patria potestad y que no han llegado a la pubertad. El tutor no tenía a su cargo lo referente a la educación y cuidado personal del pupilo; su función atendía únicamente al patrimonio del impúber.

Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio de la tutela

El tutor tenía las siguientes obligaciones:

a) Debía hacer un inventario de los bienes del pupilo. Si no lo hacía sin excusa legítima, se sancionaba con la destitución del tutor y respondía por los daños y perjuicios ocasionados.
b) Debía prestar fianza o caución para responder del buen manejo de los bienes del pupilo. Los tutores testamentarios estaban exentos de esta obligación.
c) El tutor debía declarar si era acreedor o deudor del pupilo, lo cual lo excluía de la tutela. Si no lo hacía, perdía su crédito si era acreedor y si era deudor no podía valerse de ningún pago realizado durante el transcurso de la tutela.

Funciones del tutor en el ejercicio de su cargo

El tutor tenía dos funciones: la *auctoritas* y la *gestio*.

a) La *auctoritas*: Se da en la infancia mayor. El tutor debe dar su autorización o consentimiento para los actos realizados por el pupilo. El pupilo en la infancia mayor podía administrar su patrimonio, pero para obligarse requería de la *auctoritas* (autorización) del tutor.
b) La *gestio*: Se da en la infancia menor (menos de siete años). En este caso quien actúa es el tutor, él es quien se obliga, se hace deudor, acreedor o propietario, y luego traspasa todos los derechos y obligaciones adquiridos al pupilo.

Obligaciones del tutor al finalizar la tutela

Al finalizar la tutela procedía la rendición de cuentas, por tanto, el tutor estaba obligado a restituir al pupilo su patrimonio intacto, de acuerdo con el inventario practicado; debía entregar todos los bienes adquiridos y las sumas de dinero cobradas por él como administrador.

- **Tutela de las mujeres:** En la época clásica las mujeres *sui iuris* estaban sometidas a tutela, cualquiera que fuese su edad.

La mujer administra por sí misma su patrimonio, pero para obligarse requería la autorización del tutor; luego se hizo costumbre que la mujer escogiese por sí misma el tutor. La Ley Julia y Papia Popea declaró libres de tutela a las mujeres ingenuas madres de tres hijos y libertas madres de cuatro hijos y la Ley Claudia abolió la tutela legítima de los agnados. Con el tiempo esta tutela llega a desaparecer por completo y ya en la época de Justiniano no existen rastros de ella.

II. Atendiendo a la manera de designar al tutor, la tutela podía ser:
   a) **Testamentaria:** El *pater* designa tutor en su testamento a los hijos que a su muerte se hacen *sui iuris*. Podía designar uno o varios tutores.
   b) **Legítima:** A falta de tutor testamentario, la Ley de las XII Tablas señala como tutor al agnado más próximo; habiendo varios en el mismo grado, son todos tutores. A falta de agnados se llama a los gentiles (los miembros de la misma *gens*). En el Derecho justinianeo, por cuanto ya ha desaparecido la agnación, se llama a los cognados.
   c) **Dativa:** A falta de tutela legítima, el nombramiento de tutor lo hace el magistrado, por disposición de la Ley Atilia; si era en provincia, el nombramiento lo hacía el gobernador de dicha provincia, por disposición de la Ley Julia y Titia.

OTRAS TUTELAS LEGÍTIMAS

- Tutela *patronarum*: Cuando el esclavo impúber es manumitido, el patrono pasa a ser su tutor; muerto el patrono, sus hijos pasan a ser tutores del esclavo impúber manumitido.
- **Tutela fiduciaria:** A la muerte del padre emancipador, sus hijos agnados quedan como tutores fiduciarios de su hermano impúber emancipado.

ACCIONES CORRESPONDIENTES A LA TUTELA

La Ley de las XII Tablas establecía dos acciones contra los tutores testamentarios y legítimos, pero posteriormente fue creada una nueva acción contra todo tipo de tutores. Dichas acciones fueron las siguientes:

a) La *accusatio suspecti tutoris*: Se ejercía contra el tutor testamentario; era una acción popular, de carácter infamante y procedía en caso de malversación de los bienes del pupilo.
b) La *actio de rationibus distrahendis*: Se ejercía contra el tutor legítimo; era una acción penal que se ejercitaba contra el tutor que había

sustraído fraudulentamente bienes del pupilo. Era transmisible a los herederos y se le condenaba a devolver el doble de lo sustraído.

c) Más tarde se creó la *actio* tutela directa, contra todo tipo de tutores, para obligarlos a rendir cuentas; y la *actio* tutela contraria, ejercida por el tutor contra el pupilo por los gastos efectuados durante su gestión.

MODOS DE EXTINCIÓN DE LA TUTELA

La tutela podía extinguirse por causas referidas al tutor o al pupilo:

a) Entre las causas referidas al pupilo están: llegada del pupilo a la pubertad; muerte o *capitis deminutio* máxima, media y mínima del pupilo, así como el cumplimiento de la condición o término resolutorio al cual se haya sometido la aceptación de la tutela.

b) Entre las causas relativas al tutor se encuentran las siguientes: muerte o *capitis deminutio* máxima o media del tutor; renuncia o remoción del tutor; excusa legal, como el haber llegado a los 70 años; pobreza o tener un número de hijos superior a tres.

LA CURATELA

Según Abouhamad, la curatela es una institución de Derecho civil que permite representar y asistir a aquellas personas que por una causa particular o accidental se encontraban incapacitadas para administrar su patrimonio. Dichas personas se confiaban a un curador, quien para desempeñar su cargo debía poseer cualidades similares al tutor, es decir, ser libre, ciudadano romano y de sexo masculino.

Es una institución más amplia que la tutela y está encaminada a la defensa de aquellas personas que no saben o no pueden proveer a sus propios intereses, es decir, sirve para sustituir o integrar al individuo incapaz o limitadamente capaz de obrar.

La curatela paso por etapas históricas similares a la tutela y en el fondo es una sustitución de la patria potestad que se ejercía sobre personas libres y púberes.

Era una institución creada para proteger el patrimonio del incapaz, a excepción de la curatela del furioso, en la cual el curador debía velar además por la persona y salud del curado.

CLASES DE CURATELA

- *Cura furiosi* (curatela de los furiosos): Fue establecida en la Ley de las XII Tablas; podía ser testamentaria, legitima y dativa. A partir de la época clásica no se podía nombrar curador al furioso si antes no procedía una investigación del caso. El padre podía nombrar curador al

furioso en su testamento, pero este nombramiento debía ser ratificado por el magistrado.

Primitivamente, el curador tenía la administración absoluta de los bienes del curado, pero después se limitaron sus poderes, prohibiéndose manumitir los esclavos del curado, dedicar sus bienes a un fin sagrado, efectuar donaciones, etc. Podía enajenar bienes del demente, siempre y cuando esto reportase una utilidad para el curado. Al curador le correspondía también el cuidado de la persona del furioso; debía velar por su recuperación y restablecimiento. En los momentos lúcidos el curado recobra su propia y plena capacidad; en tales momentos cesaba la curatela, pero en el Derecho justinianeo se consideraba simplemente en suspenso.

- *Cura prodigii* (curatela del pródigo): Fue establecida en la Ley de las XII Tablas para aquellas personas que, teniendo hijos, dilapidasen los bienes heredados *ab-intestato* de sus ascendientes agnados. Procedía mediante una declaratoria de interdicción, es decir, un acto por medio del cual se privaba al pródigo de su capacidad de obrar. Primitivamente se refería solo a los bienes hereditarios del pródigo, más tarde abarca todos sus bienes. El entredicho podía realizar actos que mejorasen su patrimonio, pero para los actos a título oneroso necesitaba del consentimiento del curador. El pródigo no podía hacer testamento ni con consentimiento del curador.
- *Cura minorum* (curatela de los menores): Aparece mucho más tarde que las anteriores y fue establecida por la Ley *Plaetoria de Circunscriptione Adolescentium*. En el antiguo Derecho romano, el varón *sui iuris* que llegaba a los 14 años, era plenamente capaz, por lo cual podía realizar todos los actos de la vida jurídica sin intervención de ninguna persona. Ello trajo como lógica consecuencia que, debido a su natural inexperiencia, realizaba negocios que lo perjudicaban. Por eso dicha ley estableció sanciones contra los que se aprovecharan de los púberes mayores de 14 años y menores de 25.

  El pretor concedió al menor de 25 años una excepción, la *exceptio legis plaetoria*, para el caso de que la parte contraria le exigiera el cumplimiento de un negocio que lo perjudicaba. Si ya el negocio había sido ejecutado, el menor podía solicitar al magistrado una *restitutio in integrum*, a fin de volver las cosas a su estado original. Esto trajo como consecuencia que el menor de 25 años fuese asistido en los negocios jurídicos por un curador, cuando el menor así lo solicitaba. El nombramiento de este curador no tenía carácter general y permanente,

sino que era designado para un negocio en particular y su misión era la de un consejero experimentado, sin facultades de administración del patrimonio del menor. Como es lógico suponer, nadie contrataba con un menor de 25 años, si este no estaba asistido por un curador nombrado al efecto. Posteriormente se hizo costumbre que el varón al llegar a los 20 años y la mujer a los 18, podían dirigirse al príncipe, solicitando la *venia aetatis*, o sea, la autorización para ejecutar válidamente todos los actos jurídicos, sin la asistencia de un curador; sin embargo, algunos actos como donaciones y enajenaciones de inmuebles les estaban vedados.

ACCIONES DE LA CURATELA

Las acciones emergentes de la curatela eran la *actio negotiorum gestorum* directa y la *actio negotiorum gestorum* contraria, equivalentes a las de la gestión de negocios.

CURATELAS ESPECIALES

Aparte de las nombradas anteriormente, existieron en Roma otras curatelas especiales, entre las cuales cabe mencionar las siguientes:

a) *Cura ventris*: Se daba para asegurar los derechos sucesorios de un concebido y no nacido.
b) *Cura bonorum*: Se le nombraba curador al ausente o prisionero de guerra, a fin de proveer a la conservación del patrimonio del ausente.
c) *Cura hereditatis*: Se nombraba para la conservación de la herencia yacente, es decir, aquella que interinamente carece de herederos.

LA TUTELA Y LA CURATELA BAJO LA VISIÓN DEL DERECHO ROMANO Y DEL DERECHO VENEZOLANO

Se ha visto que en Roma la tutela era en un principio, más que una institución a favor del pupilo, un poder que se confería al tutor para manejar los bienes del menor. Este concepto fue cambiando gradualmente hasta convertirse en una verdadera carga para el tutor, quien debía velar celosamente por la salvaguardia de los intereses del pupilo.

Al igual que en Derecho romano, en el Derecho moderno la tutela es una sustitución de la patria potestad sobre las personas menores de edad, a fin de velar por sus intereses hasta que lleguen a una edad en la que el legislador considera que han adquirido suficiente discernimiento para atender a la conservación y manejo de su patrimonio. En el Derecho venezolano el tutor debe velar no solamente por el patrimonio del pupilo, sino también por su persona.

Al igual que en Roma, en el Derecho venezolano la tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa. Además de la figura del tutor, se crea la figura del Consejo de Tutela, órgano permanente y consultivo, y del protutor, órgano de carácter fiscal que tiene a su cargo la vigilancia, conjuntamente con el Juez de Menores, de los otros miembros de la institución de la tutela.

Contempla también nuestra legislación una figura novedosa, que es la tutela del Estado, para los menores en estado de abandono, por los cuales deben velar los organismos públicos creados al efecto.

Con respecto a los dementes, en Roma existía la curatela de los furiosos, en virtud de la cual se nombraba un curador al demente, a fin de atender al cuidado de su persona y sus bienes. En Derecho venezolano el loco no está sometido a curatela, sino a tutela, la cual procede luego de una declaratoria de interdicción, mediante un procedimiento llevado a cabo ante un juez de primera instancia en lo civil. Este último, luego de un examen minucioso del caso, determinará si la persona se encuentra en estado habitual de defecto intelectual que lo incapacita para proveer a sus propios intereses, y en este caso lo declarará entredicho y queda sometido a tutela, a la cual se le aplican las disposiciones relativas a la tutela de los menores.

En Derecho romano el furioso recobraba su capacidad en los intervalos lúcidos; en nuestro Derecho esto no procede hasta tanto el tribunal no revoque la declaratoria de interdicción.

En el caso del pródigo, en Roma procedía la interdicción: el magistrado podía declararlo entredicho y someterlo a curatela. En Derecho venezolano, el pródigo es sometido a un procedimiento de inhabilitación, así como el débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción. Estas personas, el pródigo y el débil mental, pueden ser inhabilitadas por el juez de primera instancia en lo civil, para estar en juicio y para efectuar cualquier acto que pueda comprometer su patrimonio. En estos casos, el pródigo y el débil mental deben estar asistidos por un curador, sin cuya anuencia el acto no es válido.

En el Derecho actual, en algunas legislaciones el ciego y el sordomudo pueden ser inhabilitados y sometidos a curatela; en Roma, el ciego y el sordomudo no estaban sometidos a curatela. Justiniano dispuso que el ciego podía testar dictando sus voluntades en presencia de siete testigos ante un *tabularius* (lo que hoy equivaldría a un notario). Los sordomudos no podían testar, pero si su enfermedad es accidental y han hecho testamento antes de enfermarse, este produce todos sus efectos; sin embargo, Justiniano permitió a los que hubiesen quedados sordos o mudos por accidente, testar según ciertas formas especiales.

CAPÍTULO III

AUTOEVALUATIVO

I. En los siguientes enunciados, encierre en un círculo la respuesta correcta:

1. A la muerte del padre emancipador, sus hijos agnados quedan como tutores de su hermano impúber emancipado:
   a) tutela *patronarum*
   b) tutela dativa
   c) tutela fiduciaria
   d) tutela legítima
   e) tutela atiliana

2. Era la acción concedida contra el tutor testamentario:
   a) *accusatio suspecti tutoris*
   b) *actio de rationibus distrahendis*
   c) *actio tutelae* directa
   d) *actio negotiorum gestorum* directa

3. En esta curatela se nombraba curador al ausente o prisionero de guerra, a fin de proveer a la conservación de su patrimonio:
   a) *cura hereditatis*
   b) *cura prodigio*
   c) cura ventris
   d) *cura bonorum*
   e) *cura furiosi*

4. Es el divorcio por causas no imputables a ninguno de los cónyuges:
   a) *bona gratia*
   b) *sine causa*
   c) *ex iusta causa*
   d) *repudium*

5. Está constituido por los bienes que el hijo recibía de la madre o parientes maternos:
   a) peculio profecticio
   b) peculio cuasicastrense
   c) peculio adventicio
   d) peculio castrense

6. Es un acto por medio del cual el *filiusfamilias* adquiere la cualidad de *sui iuris* y se libera de la patria potestad:
   a) legitimación
   b) emancipación
   c) adopción
   d) adrogación
   e) filiación

II. Mario y Cecilia tienen 2 hijos: Carlos y Luis Felipe. Luis Felipe, casado con Laura, tuvo un hijo: Pedro Miguel, el cual, casado con Lucrecia, tuvo 2 hijas: Lorena y Jessica.Carlos, casado con Margarita, tuvo un solo hijo: Andrés. ¿Qué tipo, grado y línea de parentesco existe entre:
   a) Andrés y Laura
   b) Cecilia y Lorena
   c) Carlos y Jessica
   d) Margarita y Lorena

III. Complete los siguientes enunciados llenando los espacios que aparecen en blanco:

7. En la tutela _____ cuando el esclavo impúber es manumitido, el patrono pasa a ser su tutor.
8. En la tutela _____ a falta de tutela legítima, el nombramiento de tutor lo hace el magistrado.
9. De acuerdo con la Ley de las XII Tablas, la acción que se ejercía contra el tutor testamentario era llamada _____.
10. El pretor concedió al menor de 25 años, la _____ _____ para el caso de que la parte contraria le exigiese el cumplimiento de un negocio que lo perjudicaba.
11. En esta curatela, llamada _____, se nombraba un curador para la conservación de la herencia yaciente.
12. En la tutela legítima, a falta de tutor testamentario, la Ley de las XII Tablas señala como tutor a _____.

LA SUCESIÓN

El término "sucesión" puede referirse bien al cambio del titular de un derecho subjetivo, es decir, la sustitución de una persona por otra en una determinada relación jurídica, o bien al cambio de titular en el conjunto de las relaciones jurídicas de una persona, lo cual puede producirse como consecuencia del fallecimiento de esta o por un acto entre vivos.

En el primer caso se trata de la sucesión a título particular y en el segundo de la sucesión a título universal.

CLASES DE SUCESIONES

SUCESIÓN PARTICULAR

Como se ha dicho, la sucesión a título particular implica un cambio de titular en una determinada relación jurídica y puede producirse por acto entre vivos o por acto *mortis causa*.

a) **Sucesión particular entre vivos:** Consiste en la tramitación de derechos por causas distintas a la muerte. Por ejemplo, cuando se realiza una compraventa, una donación, una *mancipatio*, etc. En esta sucesión se produce la transmisión de derechos particulares por causas diferentes a la muerte de una persona.

b) **Sucesión particular *mortis causa*:** Consiste en la transmisión de derechos individuales por causa de la muerte de su titular. Por ejemplo, las donaciones *mortis causa* y el legado.

SUCESIÓN UNIVERSAL

Al decir de Bonfante, se llama sucesión universal (*successio* en el Derecho clásico, *succesio per universitatem* en el Derecho justinianeo), al hecho único mediante el cual un sujeto se coloca en lugar de otro en cuanto a un conjunto de relaciones patrimoniales.

La sucesión a título universal implica, pues, la adquisición de todo un patrimonio, lo cual podía ser por acto entre vivos o *mortis causa*.

a) **Sucesión universal entre vivos:** Es siempre consecuencia necesaria de la adquisición de una potestad, bien sea *dominica potestas*, *patria potestas* o *manus*. En Derecho romano la sucesión universal entre vivos se producía en los siguientes casos:

- *Capitis deminutio* máxima: Cuando una persona libre era reducida a la esclavitud. Por ejemplo, cuando alguien se dejaba vender dolosamente como esclavo; en este caso, quien se hace dueño del esclavo adquiere todo su patrimonio.
- *Adrogatio:* Cuando una persona *sui iuris* se sometía por medio de la adrogación a la potestad de otro *paterfamilias*, este adquiría el patrimonio del arrogado.
- *Manus:* Cuando una mujer *sui iuris* se sujetaba a la *manus* del marido o del *paterfamilias* de éste.

b) Sucesión universal *mortis causa*: Entre las sucesiones por causa de muerte se distinguen la herencia o *hereditas*, que es la sucesión universal establecida por el Derecho civil, y la *bonorum possesio* (posesión de los bienes) que es la sucesión del Derecho pretoriano.

LA *BONORUM POSSESSIO*

Como se ha afirmado, la *hereditas* es la sucesión universal *mortis causa* regulada por el Derecho civil romano; junto a ella el pretor fue elaborando un verdadero Derecho sucesorio honorario, formado por una serie de disposiciones edictales y decretales, en virtud de las cuales entregaba la posesión del patrimonio del difunto, es decir, la *bonorum possessio*, a personas que no eran siempre los herederos con arreglo a los preceptos del Derecho civil.

Arias Ramos dice que el pretor, que según nos dice Gayo, *heredes facere non potest*, no adjudicaba el titulo de heredero, se limitaba a poner una persona (*bonorum posesor*) en posesión del patrimonio hereditario. Muchas veces esta persona sería el mismo heredero civil, y el Derecho honorario no hacía en tales cosos sino reforzar o ayudar al civil. Otras veces, el pretor estimaba justo otorgar la *bonorum possessio* a ciertas personas, no existiendo las designadas con arreglado al Derecho civil, que en tal caso era suplido por el honorario. Y, por último, en ocasiones el pretor prefería las personas por él llamadas, en contra de las que eran herederos civiles.

Esta labor de corrección y complemento del *ius civile* la llevó a cabo el pretor tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria. En esta se limitaba a otorgar la *bonorum possessio* a personas instituidas en testamento que resultaba nulo por defectuoso. En la sucesión intestada la labor del pretor fue mucho más profunda, ya que acogiendo la evolución que se iba operando en la sociedad romana, otorgaba la sucesión a los parientes consanguíneos del difunto, con preferencia a los agnados, llamados por el Derecho civil.

HERENCIA O *HEREDITAS*

La sucesión universal *mortis causa* establecida por el *ius civile* romano recibe el nombre de herencia o *hereditas* y es, al decir de Bonfante, una categoría especial de las sucesiones universales.

El patrimonio de una persona comprende dos partes: el activo y el pasivo. Mientras el dueño del patrimonio esté con vida sus acreedores tienen por garantía sus bienes presentes y futuros. Si muere, el Derecho les da un continuador de su persona, llamado heredero, quien queda dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas del difunto como si él las hubiera contraído. El heredero adquiere íntegro el patrimonio del difunto, salvo aquellos derechos personalísimos que se extinguen con su persona.

El patrimonio recogido por el heredero recibe el nombre de herencia o sucesión, y como sanción de su derecho posee una acción real: la *petitio hereditatis*.

El heredero podía ser designado de dos maneras: por el difunto o por la ley. Los romanos admitieron la preeminencia de la voluntad del causante sobre la del legislador para la elección del heredero.

La Ley de las XII Tablas estableció para el *paterfamilias* el derecho de elegir él mismo quién debe continuar su personalidad, mediante un acto llamado testamento. Pero el *paterfamilias* podía morir intestado, o sea, sin haber hecho testamento, entonces en este caso la ley designa el heredero, llamado *ab intestato*.

De manera pues que según el Derecho civil, hay dos clases de sucesiones hereditarias: la sucesión testamentaria, regulada por la voluntad del difunto, y la sucesión legítima o *ab intestato*, regulada por la ley.

DIFERENCIAS ENTRE LA *HEREDITAS* Y LA *BONORUM POSSESSIO*

a) En la sucesión hereditaria, como se verá posteriormente, existen herederos necesarios que adquieren la sucesión *ipso iure*, vale decir, de pleno derecho, desde el mismo momento de la delación, mientras que la *bonorum possessio* había que solicitarla siempre ante el pretor, quien la otorgaba si el solicitante cumplía con las condiciones exigidas en el edicto.
b) La sucesión pretoriana podía adquirirse por medio de representante, lo cual no ocurría nunca con la *hereditas*.
c) Los herederos voluntarios en la sucesión hereditaria no tenían ningún plazo para aceptar la herencia, mientras que la sucesión pretoriana tenía que ser pedida dentro de una plazo que era generalmente de cien días y de un año para ciertas personas.

d) En la sucesión *ab intestato* si el llamado en primer lugar moría sin haber efectuado la adición, es decir, sin haber aceptado la herencia, la misma no se ofrecía a quienes ocupaban el segundo lugar en el orden de suceder, sino que quedaba vacante. La *bonorum possessio*, por el contrario, podía ser reclamada por los llamados en segundo o ulteriores términos, si los llamados con preferencia no lo hacían.

REQUISITOS DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

Antes de entrar en el estudio de cada una de las dos clases de sucesiones hereditarias, la testamentaria y la *ab intestato*, habría que mencionar los requisitos de la sucesión hereditaria en general, es decir, las condiciones requeridas para adquirir la cualidad de heredero, a saber:

a) La muerte del causante.
b) La capacidad del difunto para tener un heredero, o sea, lo que se denominaba *testamentifactio* activa. En Derecho clásico, para ello se requería ser ciudadano romano y *sui iuris*. Por lo tanto, no podían tener herederos los esclavos, los peregrinos, los que han sufrido *capitis deminutio* y los *alieni iuris*. Bajo Justiniano los *alieni iuris* pueden disponer de sus bienes propios, o sea, pueden nombrar un sucesor.
c) Capacidad de suceder (*testamentifactio* pasiva): El heredero debía ser ciudadano romano, y en el Derecho clásico, *sui iuris*. Los siervos y los *filiifamilias* eran propiamente incapaces de suceder y si adquirían era para su *paterfamilias*. En Derecho justinianeo aparecen otras incapacidades de suceder por motivos políticos y religiosos; así, por ejemplo, son incapaces los condenados por traición, los apóstatas y los herejes.
d) Delación (llamamiento a la herencia): Como se ha mencionado anteriormente, la delación podía ser de dos formas: testamentaria o intestada.
e) Adición (aceptación de la herencia): Era requisito fundamental que el heredero aceptase la herencia, salvo en el caso de los herederos necesarios, los cuales estaban obligados a aceptarla.

SUCESIÓN TESTAMENTARIA: EL TESTAMENTO

La sucesión testamentaria tiene su base en la voluntad del difunto, quien la manifiesta mediante un acto llamado testamento. El testamento fue definido por Ulpiano como "la manifestación legítima de nuestro pensamiento hecha solemnemente, para que tenga validez después de nuestra muerte".

Características del testamento

Siguiendo a Hurtado Olivero, las características del testamento romano eran las siguientes:

a) Es un acto civil porque está reservado a los ciudadanos romanos.
b) Es un acto unilateral porque depende de la voluntad de una sola persona: el testador.
c) Es un acto personalísimo: es el mismo testador quien debe otorgarlo y no puede hacerlo por medio de mandatario.
d) Es un acto solemne porque debe realizarse cumpliendo determinadas formalidades cuya omisión acarrea su nulidad.
e) Es un acto esencialmente revocable, pues el testador puede modificarlo o dejarlo sin efecto todas las veces que desee.
f) Exige como requisito esencial la institución de heredero; si falta o es nula la institución, también lo serán las demás disposiciones del testamento.

Forma de los testamentos

La forma de los testamentos varió en Roma según las distintas épocas. Así, existieron formas establecidas por el Derecho civil, por el Derecho pretoriano y por las Constituciones imperiales.

1. Formas de testamento según el Derecho civil

a) Testamento *calatis comitiis*: Esta forma de testar se hacía ante los comicios curiados convocados a tal efecto y en presencia del sumo pontífice. Ante estos comicios –especie de asambleas populares– el *paterfamilias* declaraba solemnemente a quien designaba como su heredero.
b) Testamento *in procinctu*: Era el sustituto del primero en tiempo de guerra. Se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas.
c) Testamento *per aes et libram*: El *paterfamilias* que no había podido testar y sentía próxima su muerte, transmitía su patrimonio por medio de la *mancipatio* a un amigo, encargándole oralmente de ejecutar las liberalidades que destinaba a otras personas. El adquirente del patrimonio se llamaba *familiae emptor* y jugaba el papel de un heredero.

Esta forma de testar presentaba varias desventajas, ya que en primer lugar el testador no podía mancipar su patrimonio a sus hijos porque no era posible la *mancipatio* entre ellos. Por otra parte, si el testador no moría luego de haber mancipado su patrimonio, carecía de acción para revocar la venta y los beneficiarios quedaban a merced de la buena voluntad del *familiae emptor* porque carecían de acción para obligarlo.

d) Testamento *per aes et libram* perfeccionado: Surge precisamente por la necesidad de corregir las imperfecciones del anterior. En esta

forma de testar el *familiae emptor* no es ya tratado como un heredero, sino como una persona encargada de entregar la sucesión al verdadero heredero. El nombre del heredero o de los herederos se escribía sobre tablillas enceradas, que reposaban en manos del testador.

Este testamento constaba de dos partes:

- Una *mancipatio* por medio de la cual el testador transmitía su patrimonio al *familiae emptor*, quien lo recibía a título de depositario.
- Una *nuncupatio* o declaración del testador, teniendo en sus manos las tablillas que contienen sus disposiciones testamentarias. La parte más importante del testamento era esta declaración o *nuncupatio*, pues la *mancipatio* se conservaba únicamente para guardar la forma del testamento *per aes et libram*.

e) Testamento nuncupativo: Posteriormente se admitió que un ciudadano pudiese testar oralmente, por medio de una simple *nuncupatio*, expresando en alta voz el nombre del heredero y sus últimas voluntades, delante de siete (7) testigos. Este testamento no requería de ningún escrito.

2. Formas de testar según el Derecho pretoriano

El Derecho pretoriano abandonó la observancia de la *mancipatio*. Si las tablillas estaban selladas con los sellos de siete (7) testigos, el pretor concedía la *bonorum possessio* al heredero instituido *secundum tabulas*, es decir, en las tablillas, sin tener en cuenta si se habían cumplido las formas de la *mancipatio*. La *bonorum possessio*, como fue explicado anteriormente, no invalidaba un testamento civil precedente y, en consecuencia, los herederos legítimos conservaban su derecho. Sin embargo, el emperador Antonino Pío concedió al heredero instituido de esta forma el derecho de rechazar mediante la excepción de dolo –*exceptio doli*– la acción de los herederos legítimos o *ab intestato*.

3. Formas de testar según el Derecho imperial

En el bajo Imperio se creó el testamento *tripertitum*, descrito en una constitución de Teodosio II. Se llama así porque tiene sus fuentes en el Derecho civil, en el Derecho pretoriano y en las Constituciones imperiales.

El testador escribe su testamento sobre tablillas, reúne siete (7) testigos y les presenta las tablillas para que las firmen junto con él.

Luego las tablillas eran cerradas y cada testigo ponía su sello y escribía su nombre al lado de este.

Como se puede observar, la presencia de testigos es tomada del Derecho civil, la forma escrita viene del Derecho pretoriano y la firma del testador y los testigos es tomada del Derecho imperial.

4. Formas de testar según el Derecho justinianeo

En el Derecho justinianeo existían tres tipos de testamento: el testamento privado, el testamento público y el militar.

- **Testamento privado:** Requería la presencia de siete (7) testigos, voluntarios y capaces, y además exigía la *unitas actus*, es decir, que se otorgarse sin interrupciones. No podían ser testigos los no ciudadanos, los locos, los impúberes, los sordomudos, las mujeres y los *intestabiles*.

  El testamento privado podía, además, ser oral (expresando su voluntad ante testigos), o escrito (presentado a los testigos el documento donde estaba contenido).

  El testamento escrito podía ser ológrafo o alógrafo. Era ológrafo si lo había escrito el testador de su puño y letra, y alógrafo si lo había escrito otra persona.

- **Testamento público:** Podía ser de dos formas.
  - *Apud acta:* si se hacía ante la autoridad judicial o municipal.
  - *Príncipe oblatum*: si era presentado ante el príncipe.

- **Testamento militar:** El soldado podía testar confiando su última voluntad a un compañero de armas, escribiéndola con sangre sobre su escudo o trazándola sobre la arena con la espada.

  En la época clásica, el militar disfrutaba de este privilegio durante todo el tiempo de su servicio. Justiniano lo limitó al tiempo que estuviese en campaña. Este testamento solo era válido durante un año luego de licenciado el testador.

LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

La institución o designación de un heredero constituye la parte esencial de un testamento; si la institución es nula, el testamento también es nulo.

Formas de la institución

En el Derecho clásico la institución de heredero debía hacerse en términos solemnes, de otra manera era nula, y debía colocarse a la cabeza del testamento. Toda disposición escrita antes de la

institución era nula, solo había excepción a favor de la desheredación y del nombramiento del tutor.

En la época imperial desaparecieron estos rígidos principios y se podía instituir heredero en cualquier término. Bastaba solo que la institución fuese clara y que no estuviese viciada de error, dolo o violencia.

Requisitos de la institución

a) En primer lugar se requiere que el instituido sea capaz, debía tener la *testamentifactio* pasiva. Además, para ser instituido heredero se exigían condiciones especiales que fueron modificándose con el tiempo.

   No podían ser instituidos: los condenados por alta traición, los herejes, los apóstatas y los *intestabiles*. Las mujeres no podían ser designadas herederas en los testamentos de las personas inscritas en la primera categoría del censo, es decir, los ciudadanos más ricos; las personas inciertas, entre las cuales se encontraban los hijos póstumos; las personas no individualizadas claramente por el testador; las personas jurídicas; y los dioses.

b) La designación del heredero no podía ser remitida por el testador a la voluntad de un tercero, debía ser clara y completa.

c) A los militares les fue condonada la observancia de toda prescripción y toda solemnidad.

d) Se podía instituir válidamente al esclavo de otro como heredero, cuando se tenía la *testamentifactio* con el amo. Para instituir como heredero al esclavo propio había que dejarle al mismo tiempo en libertad.

e) Se podía instituir heredero bajo condición suspensiva, pero no bajo condición resolutoria, ni tampoco a término.

Sustitución de herederos

Según Arias Ramos, se agrupaban bajo la denominación general de sustituciones ciertos tipos de segundas o ulteriores instituciones condicionadas, las cuales salvo este carácter de subsiguientes y condicionadas que les es común no tienen idéntica naturaleza.

El Derecho romano conoció tres clases de sustituciones, a saber:

a) **Sustitución vulgar:** Consiste en el nombramiento de un heredero en lugar del instituido, para en caso de que este no pueda o no quiera aceptar la herencia. A un solo heredero podían nombrársele varios sustitutos, bien conjuntamente para que sucedan todos a la vez, o bien sucesivamente, de modo que se vaya sustituyendo unos a otros.

Esta institución se llama mutua o recíproca cuando el testador después de haber instituido varios herederos en primera línea, los sustituía entre ellos, o sea, que si alguno faltaba el otro recogía su parte.

b) **Sustitución pupilar:** Es la disposición por medio de la cual el *paterfamilias* designa heredero al hijo impúber colocado bajo su potestad, para el caso en que después de su muerte este hijo muriese asimismo impúber y *sui iuris*, sin haber podido testar.

c) **Sustitución cuasipupilar o ejemplar:** Esta clase de sustitución fue establecida por Justiniano, a semejanza de la pupilar, para los dementes sin intervalos de lucidez. Cuando el loco tenía hijos o hermanos el sustituto debía de escogerse entre ellos, y si no los tenía podía nombrar a cualquiera.

La sustitución cuasi pupilar se extingue si el loco muere antes que el testador, si sana o si el testamento del ascendiente resulta inválido.

La adquisición de la herencia por parte del heredero instituido podía realizarse de dos maneras: *ipso iure*, o sea, de pleno derecho, si se trata de herederos necesarios; o mediante la adición o aceptación de la herencia si se trata de herederos voluntarios.

Es por ello que antes de hablar acerca de los requisitos para aceptar o repudiar la herencia, es preciso referirse a las clases de herederos desde el punto de vista de la aceptación de la herencia.

CLASE DE HEREDEROS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

A este respecto, había dos clases de herederos: los necesarios y los voluntarios.

a) **Herederos necesarios:** El heredero necesario adquiere la herencia quiera o no quiera, por la sola razón de estar vivo y ser capaz cuando la herencia le es deferida. Los herederos necesarios se subdividen en herederos necesarios y herederos suyos y necesarios.

- Herederos necesarios: Se llama heredero necesario al esclavo instituido heredero y manumitido por su dueño en el testamento.
- Herederos suyos y necesarios: Son las personas sometidas sin intermediario a la potestad o *manus* del testador y que, por lo tanto, se hacen *sui iuris* a su muerte.

b) Herederos voluntarios: Son todas las personas no comprendidas en las clases anteriores y son voluntarios porque adquieren la herencia únicamente si la aceptan. Se les conoce también como "extraños" porque no están sometidos a la potestad del testador.

REQUISITOS PARA ACEPTAR O REPUDIAR LA HERENCIA

Para que los herederos voluntarios pueda hacer adición o repudiación de la herencia, son necesarias las condiciones siguientes:

a) Es preciso que la sucesión les sea deferida, es decir, que el derecho a la sucesión esté abierto a favor del heredero. La delación, o sea, el llamado a la herencia, tiene lugar a la muerte del testador si la institución es pura y simple; si es condicional, tiene lugar cuando se cumpla la condición.
b) Que el heredero esté informado de la delación
c) El heredero debe tener la *testamentifactio* en el momento de la delación, vale decir, de la apertura de la sucesión y conservarla hasta la adición.
d) El heredero debe tener capacidad para obligarse porque la adición lleva consigo la obligación a pagar las deudas de la herencia.
e) El instituido *alieni iuris* o el esclavo, no pueden hacer adición sin el consentimiento del *paterfamilias* o dueño.
f) El loco y le pupilo infante no pueden aceptar ni repudiar la herencia. El impúber requiere de la *auctoritas* del tutor y el loco solo puede hacerlo en un intervalo lúcido.
g) La adición no podía ser parcial y debía ser pura y simple, sin término ni condición.

FORMAS DE HACER LA ADICIÓN Y LA REPUDIACIÓN

La aceptación podía ser expresa o tácita. La forma expresa podía ser solemne o no solemne (*nuda voluntate*), vale decir, manifestando la voluntad de cualquier manera.

La adición tácita se hacía *pro herede gerendo*, vale decir, haciendo acto de heredero, por ejemplo, vendiendo un bien de la herencia.

La repudiación no exigía ninguna formalidad y podía tener lugar mediante una manifestación de voluntad expresa o tácita como, por ejemplo, dejando transcurrir el lapso señalado para la adición.

El Derecho civil no establecía ningún plazo para que el heredero manifestara si aceptaba o no la herencia. Como esta situación era sumamente inconveniente y perjudicial para los acreedores y los legatarios, el pretor concedió a estos y al mismo heredero la posibilidad de solicitar la fijación de un plazo, el cual no podía ser menor de 100 días. Si el heredero no se decidía dentro de este plazo, perdía el derecho a la herencia.

Justiniano dispuso que el plazo fuese de nueve meses si se solicitaba al pretor y de un año si se acudía directamente al emperador.

Si el heredero muere antes del año desde la delación, transmite sus derechos a sus propios herederos.

EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

a) Todos los bienes de la sucesión se hacen bienes del heredero, formando un solo patrimonio.
b) Todas las deudas del difundo pasan al heredero.
c) Los derechos y obligaciones que existían entre el causante y el heredero se extinguen por confusión.
d) El heredero está obligado a pagar sobre el activo neto de la sucesión, las cargas impuestas por el testamento.

DERECHOS Y BENEFICIOS DEL HEREDERO

1. *BONORUM SEPARATIO*: El esclavo hecho libre y heredero necesario estaba autorizado a pedir la *bonorum separatio* o separación de bienes. Esta era concedida por el pretor mediante decreto, a condición de que no se inmiscuyese en los bienes de la sucesión ni hiciese acto de heredero. De esta forma evitaba la confusión entre los bienes de la sucesión y los que el esclavo pudiese adquirir posteriormente.
2. *IUS ABSTINENDI*: El heredero suyo y necesario tenía el derecho de abstenerse de la sucesión (*ius abstinendi*). No había necesidad de solicitarlo, bastaba que el heredero manifestase su voluntad de abstenerse, sin mezclarse en la sucesión. Usando este beneficio el heredero sustraía sus bienes personales de la persecución de los acreedores hereditarios.
3. BENEFICIO DE INVENTARIO: Creado por Justiniano, permitía al heredero voluntario no pagar las deudas de la herencia, sino en el límite del activo hereditario, a condición de cumplir con ciertas formalidades.

EL LEGADO

Como dice Chibly Abouhamad, el legado es una disposición *mortis causa*, contenida en el testamento o en codicilo testamentario confirmado, que es parte del testamento, sobre bienes concretos y con cargo al heredero. Es decir, es una disposición testamentaria por la cual el testador concede la propiedad de una cosa o cualquier otro derecho real o de crédito, a una persona, o la libera de una deuda sin instituirla heredera.

Al decir de Bonfante, la diferencia entre el legado y la herencia en el Derecho romano es la siguiente: el legado es una transmisión patrimonial

pura y directa, en tanto que, como se ha visto, la adquisición hereditaria se hace depender del título de heredero.

CLASES DE LEGADOS

En el Derecho clásico se distinguían cuatro clases de legados, según la forma utilizada por el testador y los cuales producían efectos diferentes.

1. LEGADO *PER VINDICATIONEM*

Es llamando también legado de propiedad. Se caracteriza porque la cosa legada entra en propiedad del legatario tan pronto como la herencia es aceptada.Si se trata de una cosa no fungible debía pertenecer al testador, tanto en el momento de otorgar el testamento como en el de su muerte. Si era una cosa fungible bastaba que fuera del testador en el momento de la muerte.

No solo podía legarse de esta forma la propiedad de una cosa, sino también un derecho real reconocido por el Derecho civil como, por ejemplo el usufructo.

El legatario tenía la acción reivindicatoria para hacer efectivo su derecho una vez aceptada la herencia por el heredero.

2. LEGADO *PER DAMNATIONEM*

Atribuye al legatario solo un derecho de crédito. Puede recaer sobre una cosa o sobre un *incertum*. La cosa no entra de inmediato en la propiedad del legatario, sino que ha de serle transferida por el heredero, mediante la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio*, según la naturaleza de la cosa.

El legatario tenía una acción personal, la *actio ex testamento*, para reclamar la prestación que le es debida.

3. LEGADO *SINENDI MODO*

En esta clase de legados el heredero no está obligado a transmitir la propiedad de la cosa legada, sino a permitir que el legatario realice su derecho, apropiándose de la cosa.

Se diferencia del anterior en que solo puede recaer sobre cosas propiedad del testador o del heredero, no de un tercero. El legatario tenía también la *actio ex testamento* para reclamar su derecho.

4. LEGADO *PER PRAECEPTIONEM*

Solo podía darse en el caso de que existieran varios herederos y el testador haya dispuesto que uno de ellos tome alguna cosa en especial, además de su parte hereditaria; por lo tanto, solo podía dejarse a una persona instituida heredera.

Cuando el testador ha dejado un legado de este tipo a una persona no instituida heredera, los sabinianos lo declaraban nulo, mientras que los Proculeyanos lo consideraban válido y lo trataban como un legado *per damnationem*.

REFORMAS DE JUSTINIANO

En el Derecho justinianeo se dispuso que los legados tuviesen una sola naturaleza, cualquiera que fuese la fórmula utilizada por el testador y además fortaleció grandemente la posición del legatario, disponiendo que este tuviese a su favor tres acciones para obligar al heredero al cumplimiento de su obligación: una acción real, una acción personal y una acción hipotecaria.

ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS

a) Si el legado es puro y simple, es adquirido y exigido en el momento de la adición de la herencia.
b) Si el legado es a término o condicional, no basta con la adición, sino que es necesario que el término haya vencido o que se haya cumplido la condición.

OBJETO DE LOS LEGADOS

Los legados podían tener por objeto todas las cosas dentro del comercio, podían ser cosas corporales o incorporales, e incluso universalidades de cosas.

1. **Legado de cosas corporales:** Podía ser de cosas genéricas o específicas. En el primer caso solo se exigía que el objeto no fuera muy indeterminado. Si se trataba de una cosa determinada, podía ser una cosa del testador, del heredero o de un tercero (esto último solo en el legado *per damnationem*).
2. **Legado de cosas incorporales:** El testador podía legar un derecho real como, por ejemplo, una servidumbre o un usufructo.

El legado además podía consistir en:

3. **Legado de crédito:** Debía hacerse *per damnationem* y el legatario tenía la *actio ex testamento* para obligar al heredero a cederle el crédito legado.
4. **Legado de liberación:** Es el legado de un crédito que tenía el testador contra el legatario. El heredero estaba obligado a liberar al legatario.
5. **Legado de deudas:** Es el legado de lo que el testador debía al legatario. Solo se aceptaba si le procuraba alguna ventaja al legatario, verbigracia, si le había legado puro y simple lo que le debía a término o bajo condición.

6. **Legado de opción:** Es el legado del derecho de escoger un objeto determinado entre los que forman la sucesión. El legatario tenía una *actio ad exhibendum* para hacerse presentar las cosas entre las que debía escoger.
7. **Legado de una universalidad:** Podía ser de dos formas:
   a) **Legado de una parte alícuota de la herencia:** En este caso los proculeyanos consideraban que el legatario tenía derecho a su parte de los bienes de la herencia, mientras que los sabinianos opinaban que solo se le debía el valor estimado de dicha parte.
   b) **Legado de peculio:** El testador legaba a un tercero o a su esclavo los bienes cuya administración les había encomendado. Cuando se trataba de su esclavo debía manumitirlo en el mismo testamento, ya que de lo contrario el legado sería nulo.

EL CODICILO

Es un acto de última voluntad no sometido a las formalidades de los testamentos. Se podían dejar varios codicilos y era también un medio de añadir ciertas disposiciones a un testamento ya hecho, lo que no podría hacerse por un nuevo testamento sin revocar el primero.

Un codicilo no podía contener ni institución de herederos, ni sustitución de herederos, ni revocación de institución, ni desheredación.

El codicillo podía ser de dos formas: testamentario o *ab intestato*.

1. **Codicilo testamentario:** Servía para complementar el testamento, por lo cual se encontraba subordinado a este, es decir, si el testamento caía, el codicilo testamentario seguía la misma suerte. Podía ser confirmado o no confirmado.
   a) **Codicilo testamentario confirmado:** Era el que se refería a un testamento anterior o posterior que aprobaba su contenido. Este codicilo podía contener fideicomisos, legados, revocaciones de legados, manumisiones directas y nombramientos de tutores.
   b) **Codicilo testamentario no confirmado:** Eran aquellos a los que no se refería el testamento, es decir, no estaban mencionados en el testamento. Solo podían contener fideicomisos y manumisiones de esclavos, y en la época de Justiniano también legados.
2. **Codicilo ab intestato:** Era aquel que hacía una persona que moría sin dejar testamento y solo podía contener fideicomisos.

CLÁUSULA CODICILAR

El testador disponía de una cláusula codicilar, vale decir, una disposición en su testamento, donde establecía que si su testamento era anulado podía valer como codicilo.

EL FIDEICOMISO

Como lo define Hurtado Olivero, el fideicomiso es un acto por el cual una persona llamada disponente, encarga a otra llamada fiduciario, la transmisión de toda su herencia, de una cuota parte de ella o de un bien determinado, a una tercera persona llamada fideicomisario.

Los fideicomisos fueron de gran utilidad para los romanos, ya que cuando una persona quería gratificar a otra con la cual no tenía la *testamentifactio*, no disponía de otro recurso que rogarle a su heredero que fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, ya sea un objeto determinado, ya sea la sucesión en todo o en parte.

Por tanto, todo fideicomiso supone la concurrencia de tres personas: el disponente, quien hacía el encargo; el fiduciario, quien desempeña el papel de intermediario; y el fideicomisario, quien era el beneficiario del fideicomiso.

En un principio el fideicomiso no era obligatorio, ya que estaba confiado a la buena fe del fiduciario. Pero posteriormente debido a la inejecución de muchos fideicomisos, el emperador Augusto los declaró obligatorios, encargando al cónsul la ejecución de los mismos. El emperador Claudio fue más allá e instituyó dos pretores especiales que velasen por el fiel cumplimiento de los fideicomisos.

Los fideicomisos carecían de forma determinada, podían hacerse no solo por medio del testamento, sino también, como se ha visto, a través de codicilos, e incluso verbalmente. Podían encargarse tanto al heredero como a los legatarios o a otras personas.

En el Derecho justinianeo el fideicomiso es asimilado al legado, desapareciendo por tanto la diferencia entre ambas figuras.

SUCESIÓN *AB INTESTATO*

La sucesión *ab intestato* tiene lugar a falta de herederos testamentarios, bien porque no hubo testamento, bien porque el testamento no es válido, o porque ninguno de los instituidos llega a ser heredero. Es llamada también sucesión legítima porque es la Ley de las XII Tablas la que designa al heredero. La apertura de la sucesión *ab intestato* estaba sujeta a las siguientes reglas:

a) Solo hay sucesión legítima si no hay sucesión testamentaria, y no hay sucesión testamentaria en los casos siguientes: cuando el difunto no hizo testamento, cuando el testamento otorgado no es válido, o cuando el instituido heredero ha muerto antes que el testador, es incapaz, rehusa o fue designado bajo una condición que no se realiza.

b) La sucesión *ab intestato* se abre en el momento en que es absolutamente cierto que no hay sucesión testamentaria.
c) Para apreciar la capacidad, cualidad y grado de los herederos legítimos hay que colocarse en el momento de la delación, o sea, de la apertura de la sucesión legítima.

ADJUDICACIÓN DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA

1. DERECHO CIVIL

La Ley de las XII Tablas llama a suceder en orden jerárquico:

a) A los *heredes sui;* estas son las personas libres colocadas bajo la potestad del causante, sin ningún intermediario.
b) Al agnado más próximo.
c) A los gentiles, es decir, a los miembros de la misma *gens* del difunto.

En consecuencia quedan fuera de la sucesión legítima:

- Los hijos emancipados o salidos por cualquier causa de la familia civil del de cujus.
- Los nietos nacidos de una hija, porque están en la familia civil del padre, no de la madre.
- Los hijos no suceden a la madre, ni esta a sus hijos, por no existir entre ellos la potestad. Si la mujer estaba casada *cum manu*, era agnada de sus hijos, pero en segundo grado y a título de hermana.

En el primero de los casos todos los *heredes sui*, cualquiera que sea su grado y siempre que estén directamente bajo la potestad del difunto, son llamados a heredar. La herencia se divide *in capita*, o sea, por cabeza, en porciones iguales, cada una de las cuales se llama cuota viril.

Premuerto uno de los hijos dejando descendientes bajo la potestad del abuelo, la división de la herencia se hace *in stirpes*, o sea, que los nietos reciben la cuota viril que hubiera correspondido a su padre de no haber muerto.

En el segundo caso, entre los agnados el próximo excluye al remoto, y si concurren varios de igual grado, por ejemplo, varios hermanos, la herencia se divide *in capita*.

Si el agnado más próximo no acepta la herencia o muere antes de haberla aceptado, al grado subsiguiente no le corresponde ningún derecho, sino que a falta de agnados son llamados los gentiles.

2. DERECHO PRETORIANO

Las injusticias de la ley son corregidas por el Derecho pretoriano, el cual llama a heredar a cuatro clases de personas, a las cuales no hace herederas, sino que les entrega la *bonorum possessio*.

a) Clase *unde liberi* o clase de los libres: Está constituida por los *heredes sui*, por los emancipados y sus descendientes.
b) *Clase unde legitimi:* Está formada por los agnados (la sucesión de los gentiles llega a desaparecer).
c) Clase *unde cognati* o de los cognados: Comprende los parientes consanguíneos del difunto por línea masculina o femenina, hasta el sexto grado.
d) Clase *unde vir et uxor* (entre marido y mujer): Establece un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer, siempre que sea un matrimonio legítimo disuelto por la muerte.

3. REFORMAS DE JUSTINIANO

En la época anterior a Justiniano distintos senadoconsultos y constituciones imperiales fueron modificando las reglas de la sucesión civil y la pretoriana, sobre todo dando derecho a heredar a personas ligadas al difunto con parentesco consanguíneo, basado en la procreación y no en la *potestas*. Sin embargo, no lo hicieron en una forma ordenada y sistemática, sino tratando de corregir situaciones concretas a todas luces injustas.

Es por ello que Justiniano, una vez terminada su gran obra compiladora, emprende una política legislativa tendente a organizar y sistematizar todo lo referente a la sucesión intestada, terminando de una vez por todas con la complicada dualidad que había existido entre la *hereditas* y la *bonorum possessio*, y dando absoluta preeminencia al parentesco cognaticio, desapareciendo así los vestigios que aun quedaban de la agnación.

La reforma justinianea establece cuatro clases de parientes llamados a suceder en orden jerárquico, basado únicamente en el vínculo de la sangre, tal como lo hace el Derecho moderno.

Estas cuatro clases de parientes eran las siguientes:

a) En primer lugar suceden los descendientes del difunto, sin tomar en cuenta la patria potestad, sexo o grado de parentesco. El descendiente de grado ulterior solo es llamado en el caso de que no viva el descendiente que lo precede, o sea, que los nietos solo heredan a su abuelo si su padre ha fallecido antes. Los descendientes del mismo grado heredan por cabeza y los de grado distinto por estirpe.

b) A falta de descendientes son llamados los ascendientes paternos y maternos del difunto, los hermanos de doble conjunción y los hijos de uno de estos ya fallecidos. El ascendiente de grado más próximo excluye al más remoto, o sea, que el abuelo solo hereda si el padre ha muerto. Cuando solo hay ascendientes, la herencia pasa a estos por entero. Si hay ascendientes de padre y madre, la herencia se divide entre todos ellos por cabeza. Los sobrinos heredan por estirpe la parte que hubiera correspondido a su padre o madre si viviera.

c) A falta de los herederos de segunda clase suceden los medios hermanos y los hijos de los que hubieran fallecido con anterioridad.

d) Por último, son llamados todos los demás parientes colaterales, sin limitación de grado. El más próximo excluye al más remoto. Existiendo varios de igual grado, la herencia se divide enre ellos por cabeza.

Justiniano estableció también un derecho a la sucesión a favor de los hijos naturales del difunto: si el difunto no dejaba hijos legítimos ni mujer, los hijos naturales tenían derecho a una sexta parte de la herencia. En caso contrario, solo tenía derecho a alimentos.

Como puede observarse, pareciera que la sucesión justinianea deja por fuera al cónyuge supérstite, pero esto no es así, tal como lo aclara en forma muy elocuente el autor español Joan Miquel, Justiniano estableció un derecho sucesorio especial a favor de la viuda pobre: las novelas conceden a la viuda que carece de dote y de *donatio propter nuptias*, una cuarta parte de la herencia (cuarta uxoria). La viuda concurre, por tanto, con sus hijos. Más que de herencia se suele hablar aquí, paradójicamente, de una especie de legado *ab intestato*. Esta atribución patrimonial en ningún caso puede superar las cien libras de oro.

INFLUENCIA DEL ORDEN DE SUCEDER JUSTINIANEO SOBRE EL ORDEN DE SUCEDER ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Como bien afirma el profesor Chibly Abouhamad, la romancística indica que esta disposición del emperador Justiniano (la novela 118) constituye la fundamentación de las legislaciones modernas en relación con las sucesiones hereditarias.

En efecto, es inmensa la influencia que las disposiciones del emperador Justiniano han ejercido sobre las legislaciones occidentales, lo cual se ha

visto reflejado, por supuesto, en las normas venezolanas sobre sucesiones hereditarias.

En el punto anterior se expuso el orden de suceder justinianeo, en el cual aparecen cuatro grupos de herederos, encabezados por los descendientes del difunto, sin tomar en cuenta la patria potestad, sexo o grado de parentesco. De la misma manera, el artículo 822 del Código Civil venezolano dispone textualmente que "al padre, a la madre y a todo ascendiente suceden sus hijos o descendientes cuya filiación esté legalmente comprobada".

Puede fácilmente apreciarse que al igual que en el Derecho justinianeo, en el Derecho positivo venezolano los hijos son llamados en primer lugar a recoger la herencia de toda persona fallecida.

El segundo grupo de herederos establecido por el Derecho justinianeo está formado por los ascendientes paternos y maternos del de *cujus*, los hermanos de doble conjunción y los hijos de hermanos premuertos. De acuerdo con el Código Civil venezolano (artículo 825), la herencia de toda persona que falleciere sin dejar hijos o descendientes, se debe repartir entre ascendientes y cónyuges. No habiendo cónyuge, la herencia corresponde íntegramente a los ascendientes; es decir, salvo lo relativo al cónyuge que no era contemplado en el orden de suceder justinianeo, la legislación venezolana coloca en la segunda categoría de herederos a los ascendientes del difunto, siguiendo la tradición asentada por el gran Justiniano.

Si bien el Código Civil venezolano coloca en distinto plano a los ascendientes y a los hermanos del de *cujus*, favoreciendo a los primeros, el Derecho justinianeo los situaba en un plano de igualdad, al disponer que si hay ascendientes y hermanos de doble conjunción, la herencia se divide entre ellos por cabeza.

Seguidamente, el comentado texto legislativo en el mismo artículo 825 consagra que a falta de cónyuge, ascendientes, hermanos y sobrinos, sucederán al de *cujus* sus otros colaterales consanguíneos.

De igual forma, el orden de suceder justinianeo establece que a falta de los herederos de segunda clase suceden los medios hermanos y los hijos de los que hubieran fallecido con anterioridad, y por último son llamados todos los demás parientes colaterales sin limitación de grado.

Es de hacer notar que así como en el Derecho justinianeo se hacía diferencia entre los hermanos de doble conjunción y los medios hermanos, el Código Civil venezolano establece una discriminación entre ambos, disponiendo en su artículo 828 que cuando concurran hermanos de doble conjunción con hermanos de simple conjunción, a estos últimos les

corresponderá una cuota igual a la mitad de lo que cada uno de aquellos corresponda.

En definitiva, y repitiendo las palabras del profesor Abouhamad, es interesante observar que excepción hecha de variantes históricas, los institutos modernos tienen una base de sustentación genuinamente romana. La sucesión intestada acoge los principios y directrices del Derecho justinianeo, como ha podido evidenciarse. El que desee conocer las instituciones de hoy, debe sumergirse en esa ciencia milenaria que marcó como ninguna otra, la regulación de las conductas humanas al compás de los cambios y transformaciones que inciden en la sociedad.

CAPÍTULO IV

AUTOEVALUATIVO

I. Complete los siguientes enunciados, llenando los espacios en blanco:

1. La sucesión pretoriana o del Derecho honorario se conoce con el nombre de _____
2. La sustitución _____ se da cuando el *pater familias* designa los herederos de su hijo demente colocado bajo su potestad.
3. El esclavo hecho libre y heredero necesario estaba autorizado a pedir _____, a condición de no inmiscuirse en los bienes de la sucesión.
4. Esta forma de testamento llamada _____ se hacía ante los comicios curiados y en presencia del sumo pontífice.
5. En el testamento *per aes et libram*, el adquirente del patrimonio se llamaba _____ y jugaba el papel de un heredero.
6. En el bajo Imperio se creó el testamento _____ descrito en una Constitución de Teodosio II.

II. En cada uno de los siguientes planteamientos coloque en el espacio indicado entre paréntesis la letra V si lo considera verdadero o la letra F si cree que es falso:

7. En la sucesión justinianea los hijos naturales no heredan en ningún caso. ( )
8. En la sucesión justinianea no se toma en cuenta la agnación. ( )
9. La sucesión pretoriana podía adquirirse por medio de representante. ( )
10. En la sucesión testamentaria se podía instituir válidamente al esclavo de otro como heredero, cuando se tenía la *testamentifactio* con el amo. ( )
11. En la sucesión justinianea, al igual que en el Derecho venezolano, se llama en primer lugar a los descendientes del difunto, sin tomar en cuenta la patria potestad, sexo o grado de parentesco. ( )
12. En la sucesión justinianea los hijos naturales tienen derecho a una parte de la herencia, aunque existan hijos legítimos. ( )

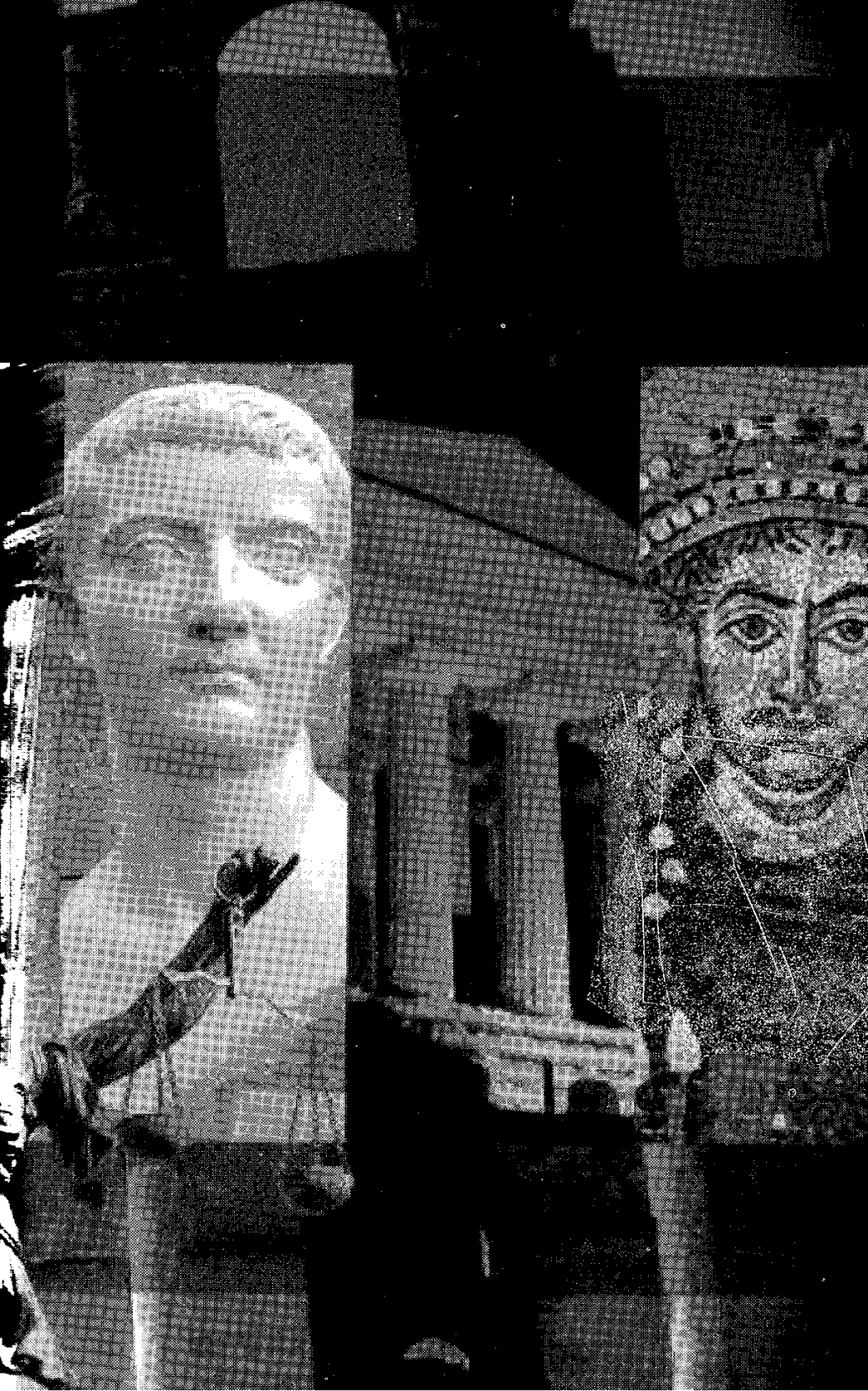
III. El ciudadano Julio Mario falleció intestado dejando un codicilo, en el cual dispuso un legado a favor de su hija y heredera Elvira, legándole una casa situada en Roma.

Se pregunta:

13. ¿Es válido el codicilo? Explique su respuesta.
14. ¿De qué clase de legado se trata?

IV. El ciudadano Numa Pompilio muere intestado y le suceden las personas que a continuación se mencionan. Explique quiénes heredan y quiénes no y por qué, según el *ius civile* romano.

15. Su esposa Claudia, con quien estaba casado *sine manu*.
16. Su hija adoptiva Cecilia, casada *cum manu* con Manuel.
17. Sus nietos Carlos y Carlota, hijos de Cecilia.
18. Su hijo emancipado Marco Antonio.
19. Sus nietos Flavio y Catalina, hijos de su difunto hijo Lucio.
20. Su nieto Camilo, hijo de su difunta hija Altamira.



DOCTRINA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Es indudable que los romanos conocieron los negocios jurídicos, pero no crearon una teoría general sobre ellos. Como bien lo afirma Camus, en la época clásica se tuvo conciencia del negocio jurídico, pero no fue elaborada una doctrina general.

La misma evolución histórica de Roma nos demuestra la preocupación de los romanos por adaptar el Derecho a las nuevas realidades sociales y necesidades, tratando de encontrar la norma adecuada para solucionarlos equivalentemente.

De esa forma, llegan hasta nosotros una serie de principios, concepciones y criterios que informan la doctrina moderna, en lo que se refiere a los negocios jurídicos.

CONCEPTO DE HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

Existe en la vida social una serie de hechos que dependen o no de la voluntad del hombre; algunos de esos hechos no interesan al Derecho, mientras que otros tienen importancia jurídica por ser causantes de adquisición, modificación o pérdida de un derecho, es decir, son hechos que producen consecuencias jurídicas. Estos últimos son los denominados *hechos jurídicos*.

Los hechos jurídicos pueden ser voluntarios o involuntarios, según que intervenga o no para su realización la voluntad del hombre. Por ejemplo, el nacimiento y la muerte de una persona son hechos jurídicos involuntarios, mientras que el matrimonio y la ocupación son hechos jurídicos voluntarios.

La doctrina reserva el nombre de hechos jurídicos a aquellos acontecimientos que son involuntarios, que nacen a la vida independientemente de la voluntad de los interesados. Los hechos jurídicos voluntarios, es decir, los que se producen por una determinación de la voluntad del hombre, son denominados *actos jurídicos*.

En consecuencia, todo acto jurídico es un hecho jurídico, pero no todo hecho jurídico es un acto jurídico.

Ahora bien, los actos jurídicos pueden a su vez subdividirse en lícitos o ilícitos. Los actos jurídicos ilícitos son aquellos que persiguen un fin prohibido por la ley y contra los cuales se establece una sanción; el estudio de estos actos interesa principalmente al Derecho penal.

Los actos jurídicos lícitos son dirigidos al logro de un fin que el Derecho reconoce y tutela, son los que la doctrina denomina *negocios jurídicos*. Por lo tanto, los negocios jurídicos son en definitiva hechos jurídicos voluntarios lícitos.

EL NEGOCIO JURÍDICO. CONCEPTO

Son aquellas declaraciones de voluntad privada que el Derecho sanciona, confiriéndoles los efectos queridos por las partes.

Pedro Bonfante define el negocio jurídico como "aquella manifestación de voluntad a la que la ley, en las condiciones y en los límites por ella determinados reconoce la virtud de producir los efectos jurídicos apetecidos por el sujeto".

Más exacta aun que la definición de Bonfante es la del maestro Ursicino Álvarez, para quien el negocio jurídico es un acto de autonomía privada mediante el cual los particulares regulan por sí mismos sus propios intereses, en relación con los intereses de otras personas y a cuyos actos el Derecho objetivo atribuye unos efectos jurídicos precisos, de conformidad con la función económico-social característica del tipo de negocio realizado.

CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Los negocios jurídicos se pueden clasificar de la siguiente manera:

1. Negocios jurídicos unilaterales y negocios jurídicos bilaterales

Los unilaterales son aquellos que se verifican por la voluntad de una sola de las partes y engendran obligaciones para esa sola parte, aunque para su realización concurran varias personas. Por ejemplo, el testamento, el mutuo, la aceptación de una herencia, la ocupación de un terreno, el reconocimiento de un hijo, entre otros.

Los bilaterales son aquellos donde concurren las voluntades de dos o más personas y que engendran obligaciones recíprocas para las partes que intervienen en la realización del negocio.

La doctrina moderna distingue entre los negocios jurídicos bilaterales o sinalagmáticos perfectos y los sinalagmáticos imperfectos. Son sinalagmáticos perfectos aquellos que engendran desde su comienzo obligaciones para ambas partes, como la compraventa, el arrendamiento y la sociedad.

Los sinalagmáticos imperfectos son aquellos que cuando se perfeccionan engendran obligaciones para una sola de las partes, pero que luego pueden producir obligaciones para la otra parte; ejemplo de estos son el comodato, el depósito y el mandato.

2. Negocios jurídicos *mortis causa* y negocios jurídicos entre vivos

Son *mortis causa* aquellos que producen sus efectos después de la muerte del disponente, es decir, por supuesto que son realizados en vida del titular, pero sus efectos van a tener lugar después de la muerte de este, por ejemplo, el testamento, el legado y la donación *mortis causa*.

Son entre vivos aquellos que tienen eficacia en vida de la persona que los realiza.

3. Negocios jurídicos onerosos y negocios jurídicos gratuitos

Son onerosos aquellos en los cuales la parte que adquiere un derecho proporciona a la vez una contraprestación, por ejemplo, la compraventa y el arrendamiento. Son gratuitos aquellos en los cuales se adquiere un lucro o una ventaja económica sin una equivalente contraprestación. Generalmente los negocios unilaterales son gratuitos como, por ejemplo, la donación, el mutuo, el testamento, el legado, etc.

4. Negocios jurídicos solemnes y negocios jurídicos no solemnes

Son solemnes o formales aquellos negocios en los cuales la manifestación de voluntad que constituye la esencia del negocio debe hacerse en la forma que determina de antemano la ley, de lo contrario el negocio no tendría validez. Casi todos los actos del Derecho quiritario eran formales o solemnes. Ejemplo de estos son el testamento, el *nexum* y la *stipulatio*.

Los no solemnes o no formales son aquellos en los cuales basta la simple voluntad de las partes para que el acto produzca sus efectos. Por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento y la sociedad.

En los solemnes la forma es exigida *ad solemnitatem*, esto es, como un requisito imprescindible para la validez del negocio; en los no solemnes la forma solo tiene un valor *ad probationem*, como medio de probar la declaración que se emitió.

5. Negocios jurídicos causales y negocios jurídicos abstractos

Los negocios causales son aquellos que deben tener una causa suya propia determinada por la ley, la cual debe ser lícita; por ejemplo, en la compraventa el vendedor transfiere la propiedad de la cosa porque el comprador se ha obligado a pagar un precio. La causa será objeto de estudio con posterioridad.

Los negocios abstractos son aquellos que se perfeccionan sin que tengan una causa determinada por la ley. En el Derecho romano clásico son abstractos la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *stipulatio*, por cuanto observadas las formas establecidas el negocio surte sus efectos. En el Derecho moderno la letra de cambio es abstracta, porque una persona se obliga a pagar a otra persona una cantidad de dinero sin expresar la causa por la cual el deudor se obliga a favor del acreedor.

ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Dentro de todo negocio jurídico la doctrina distingue tres grupos de elementos:

1. ELEMENTOS ESENCIALES

Son aquellos que integran la estructura típica del negocio, de modo que si falta alguno de ellos el negocio no existe. Por ejemplo, el precio en la compraventa.

2. ELEMENTOS NATURALES

Son aquellos que normalmente acompañan al negocio de que se trata, es decir, aunque las partes no los mencionen, la ley los sobrentiende, pero igualmente las partes pueden ponerse de acuerdo para eliminarlos, haciéndolo constar así. Por ejemplo, en la compraventa el vendedor está obligado a responder por los vicios o defectos ocultos de la cosa, aunque las partes no lo hayan establecido expresamente, pero nada impide que por voluntad de las partes se exima al vendedor de esta responsabilidad.

3. ELEMENTOS ACCIDENTALES

Son elementos que no hacen falta para que el negocio exista, ni la ley los sobrentiende, pero que las partes añaden voluntariamente para modificar los efectos de un negocio jurídico. Los elementos accidentales son la condición, el término y el modo.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURÍDICO

En líneas generales, la doctrina considera que son tres los elementos esenciales de todo negocio jurídico: la voluntad, el objeto y la causa. Seguidamente se estudiará en detalle cada uno de ellos.

LA VOLUNTAD

Al decir de Hurtado Olivero, se entiende por voluntad la disposición, la resolución o el ánimo de hacer alguna cosa. En los actos jurídicos convencionales este elemento toma el hombre de consentimiento.

Para que la voluntad pueda producir efectos jurídicos deben darse las siguientes condiciones:

a) Que el sujeto quiera realizar un acto voluntario.
b) Que efectivamente pueda realizar ese acto.
c) Que manifieste o exteriorice esa voluntad.

Que el individuo quiera realizar el negocio, es lo que algunos han denominado volición efectiva, o sea, la conciencia efectiva del negocio que se realiza.

Para que el individuo pueda realizar un negocio jurídico válido es preciso que tenga capacidad de obrar. En Derecho romano se exigía además la capacidad jurídica, es decir, la capacidad de goce, la cual no se reconocía a determinados sujetos. Pero hoy en día todas las legislaciones reconocen que todos los hombres tienen capacidad jurídica; por lo tanto, al hablar de capacidad de las partes se hace referencia a la capacidad de obrar. Por ejemplo, el loco y el infante no tienen capacidad de ejercicio, por lo que no pueden realizar válidamente un negocio jurídico.

Además, es preciso que el individuo exprese la voluntad que permanece en el fuero interno, o sea, que haga conocer su voluntad y que esta manifestación sea concordante con la voluntad interna. Si la ley no estipula ninguna formalidad especial en cuanto a la manifestación de la voluntad, esta puede realizarse de cualquier manera, siempre que no haya lugar a dudas sobre el acto que se quiere realizar y los efectos que se desean.

La voluntad se puede expresar en forma expresa o tácita. La forma expresa puede ser escrita u oral. En Derecho romano la mayor parte de los actos jurídicos se realizaban mediante el pronunciamiento de palabras solemnes.

También puede ocurrir que la voluntad se manifieste en forma tácita, lo cual se deduce del comportamiento del sujeto, por ejemplo, si el acreedor el día del vencimiento de una obligación no exige el pago de la suma adeudada, sino que se conforma con recibir los intereses, se deduce que el acreedor está renunciando momentáneamente al cobro de la deuda.

En cuanto al valor del silencio, la doctrina romana consideraba que el silencio en general no constituía manifestación de voluntad, el que calla ni niega ni otorga, pero por excepción el silencio tiene eficacia en aquellos casos en los cuales la ley o las partes así lo establecen expresamente, por ejemplo, si un administrador rinde cuentas y la persona

a quien se rinden las cuentas no los objeta dentro del término legal para hacerlo, se entiende que ha aceptado como correcta la rendición de cuentas presentada.

La voluntad puede ser destruida por vicios que afectan su esencia o sus notas esenciales. Estos vicios pueden ser conscientes o inconscientes, es decir, conocidos y queridos por el declarante, o no conocidos y no queridos por el declarante.

Los vicios conscientes de la voluntad son: la simulación, la reserva mental y las declaraciones *iocandi gratia*.

1. LA SIMULACIÓN

Se da cuando las partes se ponen de acuerdo para celebrar un negocio aparentando que persiguen un fin económico-social distinto del que efectivamente pretenden. Puede ser absoluta o relativa.

Hay *simulación absoluta* cuando las partes declaran su voluntad de celebrar un negocio jurídico determinado y en realidad no quieren celebrar ninguno, por ejemplo, la venta en fraude de acreedores.

Y hay *simulación relativa* cuando no se quiere realizar el negocio que aparentemente se realiza, pero sí otro de contenido diverso, por ejemplo, fingiendo una compraventa para disfrazar una donación. En este caso es nulo el negocio simulado (la compraventa) y válido el disimulado (la donación).

Arias Ramos comenta que tanto en uno como en otro caso de simulación, el *Corpus Iuris* declara nulo el negocio simulado. Es válido, en cambio, en la simulación relativa, el negocio que realmente se ha querido, siempre que sea lícito y que reúna los requisitos necesarios para su existencia.

2. LA RESERVA MENTAL

El mismo autor Arias Ramos afirma que otro caso de discrepancia entre la intención y lo que se exterioriza tiene lugar en las declaraciones con reserva mental, o sea, con la decisión *in mente* de no querer dar eficacia a tal declaración. Tal *reservatio o restrictio mentalis,* que puede tener importancia en otras esferas normativas, como la ética o la religión, carece de ella en el campo jurídico; los pocos abundantes textos romanos que puedan traerse a cuento en la materia, se atienen aquí a la voluntad declarada.

3. DECLARACIONES *IOCANDI GRATIA*

Hurtado Olivero afirma que existen declaraciones, las *iocandi gratia*, que se hacen en broma; a ellas se equiparan las declaraciones que se hacen a título de ejemplo *demostrandi causa*. Estas declaraciones no dan lugar al negocio jurídico, sin embargo, obligan al declarante a una indemnización a favor del receptor de la declaración perjudicado por haberla creído seria.

Los vicios inconscientes de la voluntad son el error, el dolo y la violencia.

1. EL ERROR

Es el falso o inexacto conocimiento de una norma jurídica o de un hecho jurídico; no debe confundirse con la ignorancia, que es la falta absoluta de conocimiento, aunque produzca los mismos efectos jurídicos.

De esa definición se deduce que existen dos clases de error: el error de Derecho y el error de hecho. El error de Derecho es la falsa noción o desconocimiento de una norma jurídica, no produce ninguna consecuencia jurídica, porque el que incurre en tal error no puede alegar tal hecho para solicitar la nulidad del negocio realizado, como se sabe, la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento.

El error de hecho es el que recae sobre algún elemento esencial o accidental del negocio jurídico, de allí que los errores de hecho se subdividan en esenciales y accidentales.

El error esencial es el que recae sobre alguno de los elementos esenciales del negocio y, por tanto produce la nulidad de dicho negocio. Entre los errores esenciales es posible mencionar los siguientes:

a) Error *in negotio*: Es el que recae sobre la naturaleza del negocio que se trata de realizar; por ejemplo, una de las partes cree que vende una cosa y el otro considera que la recibe en arrendamiento.

b) Error *in corpore*: Recae sobre el objeto del negocio, es decir, el declarante ha manifestado su voluntad creyendo que se trata de un objeto diferente del que en realidad constituye el objeto del negocio. Por ejemplo, una de las partes cree que está comprando al esclavo Ticio y la otra cree que está vendiendo el esclavo Tulio.

c) Error *in substantia*: Se distingue del error *in corpore* en que no versa sobre la identidad física de la cosa, sino sobre cualidades esenciales y determinantes del objeto. Por ejemplo, una de las partes cree que está comprando un objeto de oro y la otra piensa que está vendiendo uno de cobre.

d) Error *in persona*: Recae sobre la identidad de la persona en cuyo favor se cumple el acto o con la cual se contrató. En realidad, este error puede ser o no esencial, dependiendo del negocio de que se trate. Por ejemplo, a un comerciante que vende al detal no le importa si le está vendiendo a Luisa o a Livia; por el contrario, a quien vende a crédito le interesa sobremanera la identidad de la persona con quien contrata.

e) Error *in quantitate*: Recae sobre la cantidad, mensura o dimensiones del objeto. En los negocios unilaterales este error solo traerá como consecuencia la reducción del negocio a las medidas reales de la cosa. En los bilaterales habrá que investigar si existe o no acuerdo con respecto a las medidas reales del objeto.

El error accidental es aquel que se refiere a las cualidades accesorias del objeto y por lo tanto no tiene influencia sobre la validez del negocio.

2. EL DOLO

Es toda maquinación engañosa o fraudulenta, tendente a obtener el consentimiento de una persona para celebrar un negocio jurídico.

La doctrina romana distingue dos clases de dolo: el dolo bueno y el dolo malo. El dolo bueno lo constituyen las alabanzas excesivas y afirmaciones exageradas, que generalmente utilizan los comerciantes a fin de vender sus productos; este dolo no tiene consecuencias jurídicas.

Por el contrario, el dolo malo es la maquinación, el engaño, que se produce para llevar a una persona a celebrar el negocio jurídico. Puede ser causante o incidental. Es causante cuando determina que la persona preste su consentimiento para la realización del negocio que sin el dolo no se hubiese realizado. Es incidental cuando la persona también hubiera efectuado el negocio, pero en condiciones diferentes y más favorables para la víctima.

Los medios de defensa contra el dolo fueron todos creados por el pretor y eran los siguientes:

a) La *exceptio doli*: Era una excepción que impedía que el autor del dolo pudiese conseguir los efectos que pretendía obtener del negocio jurídico, de modo que si la víctima del dolo no cumplía con lo prometido y era demandado, el pretor le concedía dicha excepción a fin de paralizar la acción del demandante.
b) La *actio doli*: Esta acción se daba cuando ya el negocio había surtido sus efectos y en consecuencia su finalidad no era anular el negocio jurídico viciado de dolo, sino que tendía a un doble objetivo: golpear con una pena pecuniaria a quien había cometido el dolo y al mismo tiempo darle a la víctima un medio a los fines de obtener la restitución de lo que había entregado o la reparación del daño patrimonial sufrido.

El dolo no es causa de nulidad, sino de anulabilidad del negocio, esto es, el negocio no es nulo de pleno derecho, sino que la víctima del dolo puede demandar su nulidad.

3. LA VIOLENCIA

Es otro vicio inconsciente de la voluntad. Una persona puede ser llevada a realizar un negocio jurídico por medio de una actividad violenta e injusta, que lo obliga a prestar su consentimiento.

La violencia puede ser: violencia física (*vis* absoluta) o violencia moral (*vis* compulsiva). La violencia física anula el negocio de pleno derecho porque suprime totalmente la voluntad del declarante. La violencia moral consiste en la amenaza de un mal grave y es la que realmente tiene significación como vicio del consentimiento.

Para que haya violencia deben cumplirse los siguientes requisitos:
a) Es necesario el temor de un mal grave para la persona o para sus seres queridos.
b) Que el temor sea fundado y racional, es decir, que infunda temor a una persona normalmente sensata, que no sea un temor imaginable, propio de una persona miedosa.
c) Que la amenaza sea injusta. Por ejemplo, no constituye violencia la amenaza de demandar a una persona si no cumple a tiempo con una obligación contraída.
d) Por último, se requiere que dicha intimación sea utilizada como medio para obligar a la persona a prestar su consentimiento, para la celebración de un negocio jurídico que de otra forma no hubiera realizado.

Los medios de defensa contra la violencia eran los siguientes:

a) La *actio quod metus causa*: Era una acción penal cuya finalidad era pecuniaria y podía dirigirse contra todo el que se hubiera beneficiado del negocio realizado bajo violencia.
b) La *exceptio quod metus causa*: Se daba a favor de la víctima cuando el negocio aun no había surtido sus efectos, es decir, la prestación no había sido ejecutada todavía por la víctima.

EL OBJETO

Es otro de los elementos esenciales del negocio jurídico. El objeto es la cosa o el derecho sobre el cual las partes crean, modifican, transmiten o extinguen una relación jurídica; es la prestación que una de las partes se ha comprometido a efectuar en beneficio de la otra parte.

El jurista Paulo señala que el objeto es la prestación misma y puede consistir en:

a) *Dare*: Consiste en la transmisión de la propiedad de una cosa o la constitución de un derecho real sobre una cosa.
b) *Prestare:* Es la entrega de una cosa sin transmitir la propiedad de la misma ni constituir sobre ella un derecho real, sino simplemente para su uso o tenencia.
c) *Facere*: Consiste en un hecho positivo del sujeto constituido en deudor, es decir, el deudor se obliga a hacer algo como, por ejemplo, pintar un retrato.
d) *Non facere*: Significa la abstención por parte del deudor de realizar un acto al cual tiene derecho, si con ello beneficia al acreedor.

Requisitos del objeto

Según la doctrina romana el objeto del negocio jurídico debe reunir varios requisitos a saber:

a) Posibilidad material o jurídica: El deudor no puede obligarse a una prestación físicamente imposible de realizar como, por ejemplo, entregar una cosa inexistente. Tampoco se puede cumplir la prestación si la misma recae sobre cosas fuera del comercio, como las cosas sagradas (templos) o las cosas del dominio público (calles).
b) Licitud del objeto: Un acto ilícito no podría ser nunca objeto de un negocio jurídico. Por ejemplo, los romanos consideraban inmoral, tal como sucede hoy, el pacto sobre sucesión futura, en consecuencia, todo acto que verse sobre una herencia futura será ilícito.
c) Determinación del objeto: La indeterminación del objeto acarrea la nulidad del negocio. Por ejemplo, prometer trigo o maíz, sin señalar

la cantidad y resultando imposible determinar las dimensiones ofrecidas, hace nulo el negocio.

d) **El objeto debe significar interés para el acreedor:** Algunos consideran que este interés debe ser de tipo pecuniario, o sea, exigible en dinero; otros opinan que puede ser de otra naturaleza, bien sea moral o social. La doctrina dominante establece que vale cualquier tipo de interés mientras esté sancionando por el Derecho.

LA CAUSA

La causa es uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, el más controvertido de todos, pues son muchas las teorías que se han expuesto para explicar el concepto y noción de la causa en los contratos.

La causa ha sido definida por Urcisino Álvarez como la finalidad práctica que constituye la función económico-social que es típica del negocio que se realiza. Por ejemplo, en la compraventa la causa es el cambio del dominio de una cosa por un precio.

No debe confundirse la causa con el motivo. La doctrina romana afirma que los motivos, apreciaciones subjetivas y variables, no pueden influir en la validez de un negocio jurídico porque se infringe la seguridad jurídica.

Diferencias entre causa y motivo

Existen muchas diferencias entre causa y motivo, entre las cuales merecen destacarse las siguientes:

a) La causa es objetiva, los motivos son subjetivos. El motivo es lo que lleva a un individuo a realizar un negocio jurídico, por ejemplo, comprar un esclavo para regalárselo a la esposa.
b) La causa es siempre la misma para un mismo negocio jurídico, los motivos son variados. Por ejemplo, al comprar una casa la causa es siempre la misma; los motivos pueden ser muy diversos.
c) La causa es relevante para el Derecho, el motivo no lo es. El motivo solo tiene importancia en caso de error, miedo y dolo.
d) El motivo puede ser ilícito o inmoral; la causa tiene que ser lícita.

ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURÍDICO

Los elementos accidentales del negocio jurídico son la condición, el término y el modo.

1. LA CONDICIÓN

Es un acontecimiento futuro y objetivamente incierto, del cual las partes hacen depender la eficacia de un negocio jurídico.

Clases de condiciones

Existen numerosas clasificaciones de las condiciones; las más importantes son las siguientes:

a) **Condiciones positivas y negativas:** Según que consista en que ocurra o no ocurra un determinado acontecimiento.

b) **Condiciones causales, potestativas y mixtas:** Son causales cuando el acontecimiento futuro e incierto al cual se subordina el negocio depende de la casualidad; por ejemplo, si se da la cosecha. Es independiente de la voluntad de las partes.

Las condiciones son potestativas cuando el acontecimiento depende de la voluntad de una de las partes. Dentro de estas condiciones hay que distinguir las que son *simplemente potestativas* de las *puramente potestativas*. Las primeras son las que dependiendo de la voluntad del interesado, requieren que el acto no consista en un simple querer, por ejemplo, te doy 100 monedas si vas a Egipto. Las segundas están constituidas por un simple querer.

La condición puramente potestativa solo se admite si depende de la voluntad del acreedor.

La condición es mixta cuando depende de un hecho de la naturaleza o de un tercero, conjuntamente con la voluntad de una de las partes, por ejemplo, si te casas con Livia.

c) **Condiciones suspensivas y resolutorias:** Se denomina condición suspensiva aquella por virtud de la cual se hace depender la entrada en vigor de los efectos de un negocio jurídico; si esta no se cumple, el negocio está pendiente, vale decir, no ha producido aun sus efectos. Ejemplo: te doy 200.000 monedas si te casas este año.

La resolutoria determina la cesación de los efectos de un negocio jurídico, por ejemplo, te daré 100.000 al año hasta que te cases.

Los juristas romanos no conocieron la condición resolutoria; esta es elaboración del Derecho moderno.

Tanto la condición suspensiva como la resolutoria presentan tres momentos en cuanto a sus efectos:

- *Pendente conditione*: No se sabe si se cumplirá o no la condición.
- *Existente conditione:* Se cumplió la condición.
- *Deficiente conditione:* Se sabe que la condición no se cumplirá.

Efectos de la condición suspensiva

- *Pendente conditione:* Los efectos del negocio no se producen; La parte beneficiada tiene una expectativa de derecho; el oblig.do no puede realizar actos para perjudicar al beneficiado.
- *Existente conditione:* Los efectos comienzan a producirse. Para los juristas clásicos los derechos no tienen efecto retroactivo, pero para muchas legislaciones modernas sí lo tienen.
- *Deficiente conditione:* La condición no se cumple, los efectos no se producen, es como si el negocio nunca hubiese existido.

Efectos de la condición resolutoria

- *Pendente conditione:* El negocio tiene plena eficacia pero puede cesar cuando se cumpla el acontecimiento.
- *Existente conditione:* Cesan los efectos del negocio. En el periodo clásico el enajenante solo tenía una acción personal contra el adquiriente, en el justinianeo tiene una acción real para reclamar la cosa en manos de quien esté. La condición cumplida solo produce efectos retroactivos en el Derecho justinianeo, no en el clásico.
- *Deficiente conditione:* El negocio se hace firme y estable. Los romanos celebraban el negocio puro y simple y al lado le colocaban un pacto, en virtud del cual se comprometían a resolver el negocio si se producía determinado acontecimiento.

Se llaman así porque en realidad no son tales condiciones. Son las siguientes:

a) **Condiciones imposibles, inmorales o ilícitas:** las condición es imposible cuando existe imposibilidad material de realizar el hecho; inmoral cuando es contraria a la moral y buenas costumbres; e ilícita cuando contraviene una disposición legal.

La regla general en este tipo de condiciones es que anulan el negocio entre vivos y se tienen por no escritas en el negocio *mortis causa*.

b) **Condiciones iuris:** Son las sometidas a requisitos ya predeterminados por la ley. Por ejemplo, te compro la casa solo si me respondes en caso de evicción.

c) **Condiciones referentes a hechos pasados, presentes y futuros que necesariamente deben suceder**, como la muerte de una persona.

2. EL TÉRMINO

Es un acontecimiento futuro y objetivamente cierto, a partir del cual comienzan o cesan los efectos de un negocio jurídico.

De la misma definición se deduce que existen dos clases de términos: el suspensivo y el resolutorio o final.

Es suspensivo cuando la llegada del término determina el comienzo de los efectos del negocio; es resolutorio cuando el cumplimiento del término determina la cesación de los efectos del negocio.

Los romanos llamaban *ex die (dies a quo)*, al término suspensivo, y *ad diem (dies ad quem)*, al resolutorio.

La diferencia fundamental entre el término y la condición estriba en que esta consiste en un acontecimiento futuro y objetivamente incierto, mientras que el termino entraña un acontecimiento futuro y cierto.

Sin embargo, hay que tener presente en relación con esta materia, la distinción entre término cierto (*dies certus*), y término incierto (*dies incertus*). Es por ello que se hace la siguiente división:

- *Dies certus an certus quando:* Se sabe que llegará y cuándo llegará; por ejemplo, una fecha determinada.
- *Dies certus an incertus quando:* Se sabe que llegará pero no se sabe cuándo; por ejemplo, la muerte de una persona.
- *Dies incertus an certus quando:* No se sabe si ocurrirá pero se sabe cuándo; por ejemplo, te regalaré una esclava cuando cumplas 18 años.
- *Dies incertus an incertus quando:* No se sabe si ocurrirá ni tampoco cuándo ocurrirá. Esto en realidad supone una condición y no un término, porque el término debe suponer la certeza de que el hecho ocurrirá, o por lo menos, cuándo ocurrirá; por ejemplo, el día que te cases.

Efectos del término suspensivo

a) El negocio se considera perfecto, pero no puede exigirse el cumplimiento hasta tanto no se cumpla el término.
b) La relación jurídica es transmisible a los herederos.
c) Al cumplirse el término el negocio produce todos sus efectos.

Efectos del término resolutorio

Al igual que la condición resolutoria, el término resolutorio no era plenamente admitido entre los romanos. En algunos negocios, por su carácter duradero y permanente, el término resolutorio no era admitido y anulaba dicho negocio; en otros negocios, como la institución de un heredero, se tenía como no puesto.

3. EL MODO

El modo es una carga impuesta a una persona beneficiada por un acto de liberalidad. Se da solo en los negocios a título gratuito, como la donación y el legado, y consiste en dar un destino determinado a alguno de los bienes que se han recibido.

Luis René Viso afirma que el modo tiene cierta afinidad con la condición, pero se diferencian sustancialmente. Mientras en la condición suspensiva si esta no se realiza, el negocio no surte efectos; en el modo, el negocio sujeto a una carga modal, surte todos sus efectos.

Esta diferencia puede ser aclarada mediante un ejemplo: Si se dice: "Serás mi heredero siempre y cuando levantes un monumento en mi honor", se está en presencia de una condición suspensiva; pero si se dice: "Serás mi heredero y levantarás un monumento en mi honor", se trata de un negocio sujeto a una carga modal, cuyo cumplimiento no acarrea la nulidad del negocio.

También se puede decir que la condición suspensiva suspende pero no obliga, mientras que el modo obliga pero no suspende. El negocio jurídico sometido a un modo produce todos sus efectos y si el beneficiado no cumple con la carga modal, puede ser obligado a ello.

El cumplimiento del modo es un deber jurídico y puede ser obligado por quien lo otorgó y por sus herederos. En el Derecho clásico podía asegurarse el cumplimiento del modo mediante cauciones y otros procedimientos indirectos. En el Derecho justinianeo el donante submodo, se hallaba asistido por la *condictio ob causam datorum*, para pedir la devolución de lo donado, y también tenía la *actio praescriptis verbis*, para obligar a cumplir la carga modal.

Si el modo es imposible, ilícito o inmoral, se tiene como no puesto.

EFICACIA E INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

Al decir del maestro Luis René Viso, un negocio jurídico nace cuando lleva en sí los elementos constitutivos genéricos y específicos necesarios para su existencia, es decir, cuando todos sus elementos propios y específicos y aquellos generales están presentes. Es por ello que hay que hacer la distinción entre un negocio válido, un negocio eficaz y un negocio inválido.

Un negocio es válido cuando contiene todos los requisitos de ley, genéricos y específicos y los mismos no están afectados por vicios.

Un negocio es eficaz, además de ser válido, cuando es idóneo para producir sus efectos normales. Un negocio válido puede ser ineficaz, por ejemplo, un testamento antes de la apertura de la sucesión.

Un negocio es inválido cuando carece de un elemento esencial, está afectado de vicios, o cuando un elemento accidental incluido por las partes está viciado o es ilícito o imposible. El negocio inválido es ineficaz porque no puede producir los efectos que le son propios.

NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

La invalidez del negocio jurídico guarda relación con el defecto que presenta y que le impide producir los efectos propios del mismo. Es por ello que hay que distinguir, según la magnitud del defecto, entre la nulidad y la anulabilidad del negocio jurídico.

Un negocio jurídico es nulo cuando carece de un requisito esencial a su validez, de manera que la ley no puede reconocerlo ni garantizar sus consecuencias, es decir, el negocio existe solamente en apariencia, en el fondo no hay tal negocio.

El negocio anulable es aquel que adolece de un vicio o defecto que puede servir de base a las partes para pedir su impugnación, es decir, mientras no sea impugnado el negocio produce todos sus efectos.

Diferencias entre un negocio nulo y un negocio anulable

a) El negocio nulo no engendra ningún efecto jurídico, mientras que el anulable produce todos sus efectos hasta que sea impugnado.
b) El nulo carece de efectos *erga onmes* (para todo el mundo); el anulable puede invalidarse solamente a favor de las personas que podrían pedir la impugnación.
c) El negocio nulo no se puede subsanar; el anulable puede ser subsanado por diversos motivos: por transcurso del tiempo, ratificación, confirmación, etc.
d) La acción de nulidad no prescribe; la acción de anulabilidad sí prescribe.
e) Los negocios accesorios de un negocio nulo son siempre nulos; los accesorios de un negocio simplemente anulable no siempre están privados de validez.
f) Actualmente la nulidad puede ser invocada por la parte interesada, por un tercero e incluso puede ser declarada de oficio, mientras que los casos de anulabilidad son indicados taxativamente por la ley.

a) **Nulidad absoluta y nulidad relativa:** La diferencia entre ambas consiste fundamentalmente en que en la nulidad absoluta el acto es nulo desde sus comienzos, por lo tanto, no produce efectos de ninguna especie y la acción puede intentarla cualquier persona que la ley señale, además de la víctima. En cambio, en la nulidad relativa

el acto produce todos sus efectos desde su constitución y sólo la víctima o la persona perjudicada pueden intentar la acción para pedir la declaratoria de nulidad, pudiendo ser convalidado por las partes.

Como se puede apreciar, la nulidad relativa se confunde con la anulabilidad y la absoluta con la nulidad.

En el Derecho romano se pueden citar varios casos de nulidad relativa; por ejemplo, en el caso del matrimonio efectuado sin el consentimiento del padre, la nulidad puede ser solicitada no solo por las partes, sino también por el *paterfamilias*; el caso de la manumisión en fraude de acreedores, el caso de la donación entre cónyuges, etc.

b) **Nulidad total o parcial:** Se habla de nulidad total o parcial, según que el vicio afecte la totalidad del negocio o solamente una parte de este.
c) **Nulidad inicial o nulidad sobreviniente:** Luis René Viso comenta que hay nulidad inicial cuando el negocio nace vicioso; diciéndolo en una forma más descriptiva, el negocio nace muerto. Es sobreviniente si el negocio por si mismo ha nacido válido, pero se le ha agregado un vicio que lo golpea de nulidad.Por ejemplo, Ticio después de haber hecho testamento a favor de su amigo Gayo, tiene un hijo; es evidente que en este caso existe nulidad sobreviniente.

Los negocios jurídicos simplemente anulables pueden ser convalidados, es decir, es posible remover el vicio que los afecta, por las siguientes razones:

a) Por dejar pasar el lapso señalado por la ley para poderlo impugnar.
b) Por la confirmación, es decir, cuando las partes se ponen de acuerdo para remover el vicio que lo afectaba.
c) Por la ratificación, la cual proviene de un tercero, por ejemplo, si el padre reconoce la deuda contraída por su hijo incapaz, también cuando el acreedor ratifica la manumisión hecha en perjuicio suyo.
d) Por la remoción del vicio que lo afecta; por ejemplo, cuando el cónyuge donante muere sin haber revocado la donación hecha al otro cónyuge.

La conversión implica un cambio en la denominación de un negocio nulo, o sea, que mediante un nuevo negocio que las partes llevan a cabo se logran los efectos deseados por ellas.

Para que se dé la conversión es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

a) La conversión debe estar autorizada por la ley.
b) El nuevo negocio debe tener los mismos elementos del negocio anterior.
c) Debe tener los mismos fines prácticos que el negocio anterior, por ejemplo, la *acceptilatio* (forma solemne de extinguir las obligaciones), nula por defecto de forma, podía subsistir como negocio válido, gracias al *pactum de non petendo* (pacto en virtud del cual el acreedor conviene en no exigir el pago de la deuda).

CAPÍTULO V

AUTOEVALUATIVO

1. Cayo César deja un legado a su amigo Tiberio, disponiendo que se le entregue un fundo a cambio de que antes de 3 años se case con su hija Manuela. Analice los elementos accidentales que están presentes en el negocio.
2. Julio deja un legado de 10 esclavos a su amigo Jacobo, disponiendo que le sean entregados el día en que contraiga matrimonio con Claudia, a quien deberá regalarle dos de los esclavos. Analice los elementos accidentales que están presentes en el negocio.
3. Claudio dona 100 acres de tierra a Pablo, disponiendo que se le entreguen cuando cumpla 21 años además dispone que Pablo deberá construir un jardín en honor de la diosa Venus. Analice los elementos accidentales que están presentes en el negocio.
4. Carmelo vende una casa a su amiga Lucrecia, pero en realidad se trata de un regalo porque Lucrecia es su amante. ¿Cuál vicio de la voluntad está presente en este caso?
5. Lucas vende un terreno a su amigo Melquíades, pero luego firman otro documento donde Melquíades le regresa el terreno, en realidad lo hace por temor a ser embargado debido a las deudas que tiene. ¿Cuál vicio de la voluntad está presente en este caso?
6. Cayo Julio se obliga a venderle a Mario su casa de Roma, pero lo hace bajo la amenaza de secuestrarle a su hijo mayor. ¿Cuál vicio de la voluntad está presente en este caso y qué recurso tiene Cayo Julio a su favor cuando Mario lo demanda para que cumpla con lo prometido?
7. Pedro compra un fundo situado cerca de Roma, para regalárselo a su hijo Arturo cuando cumpla 20 años, si para ese entonces aun sigue soltero. Se pregunta:
   a) ¿Cuál es la causa y el motivo del negocio jurídico de compraventa?
   b) Analice los elementos accidentales que están presentes en el negocio.
8. Juan Pablo emancipa a su hijo José Andrés y le traspasa todos sus bienes para no pagarle a sus acreedores. Analice el vicio de la voluntad que está presente en este negocio.

9. Clara, ciudadana romana *alieni iuris*, hija de Cayo César, contrae matrimonio con Felipe sin el consentimiento de su padre. Diga si el negocio jurídico es nulo o anulable y, si es simplemente anulable, de qué forma se puede subsanar el vicio que lo afecta.

10. Carmelo hace testamento dejando a sus hijos Timoteo y Rómulo como únicos herederos; al poco tiempo contrae matrimonio y le nace una hija de nombre Estela. Diga si el testamento es nulo o anulable y, si es simplemente anulable de qué forma se puede subsanar el vicio que lo afecta.

11. Cornelio, ciudadano romano *alieni iuris*, recibe un préstamo por 10.000 ases, destinado a traer contrabando de la isla de Capri, y se obliga a pagarlo cuando regrese del viaje que ha emprendido a dicha isla.

    a) Analice los elementos accidentales de este negocio jurídico.

    b) Diga si el negocio es nulo o anulable; y
    c) Si es simplemente anulable de qué forma se puede subsanar el vicio que lo afecta.

12. Julio le compra a Mario la esclava Leonora, porque Mario le ha hecho creer que es una excelente cocinera.

Luego se da cuenta de que esto no es cierto y de que la esclava es absolutamente inútil y holgazana.
    a) ¿Qué vicio de la voluntad está presente en este negocio?
    b) ¿Qué recurso tiene Julio contra Mario para resarcirse de los daños causados?

13. Andrés adquiere una escultura muy costosa creyendo que es de oro, luego se da cuenta de que no es de oro sino de cobre. ¿Qué vicio de la voluntad está presente en este caso?

LOS DERECHOS REALES

Utilizando una clasificación que no es obra de los romanos, sino de los estudiosos del Derecho romano, los derechos subjetivos han sido divididos de la siguiente manera:

- **Derechos extrapatrimoniales:** No apreciables en dinero, quedan fuera del patrimonio de una persona, por lo que no pueden ser traspasados de una persona a otra. Son los llamados derechos de familia.
- **Derechos patrimoniales:** Apreciables en dinero, es decir, susceptibles de valorización económica.

  Los derechos patrimoniales se subdividen a su vez en: derechos reales, y Derechos personales, también llamados derechos de crédito u obligaciones.

CONCEPTO

Las definiciones clásicas conciben el derecho real como una relación inmediata directa entre una persona y una cosa. Estas definiciones han sido duramente criticadas por los autores modernos, quienes alegan que las relaciones jurídicas se dan únicamente entre personas, que no es posible establecer una relación entre una persona y una cosa.

Es por ello que Planiol formula su teoría de la "obligación pasiva universal", en la cual plantea que la relación en el derecho real se establece entre una persona y la sociedad. Es decir, en todo derecho real existe un sujeto activo –el titular del derecho real– y un sujeto pasivo, la colectividad, que tiene el deber de respetarlo y de no impedir su ejercicio.

Sin embargo, tal como lo afirma Hurtado Olivero, "La sociedad no sólo queda obligada a respetar el derecho real, sino también todo derecho, ya personal, ya extrapatrimonial, y en caso de infracción de cualquier derecho por tercero, el poder coactivo de la sociedad actúa en defensa de su titular".

En resumen, los derechos reales son aquellos que confieren a una persona un poder inmediato sobre su objeto, facultándola para obrar directamente sobre la cosa en que recae su derecho.

CARACTERÍSTICAS

Las características más importantes de los derechos reales son las siguientes:

a) El derecho real es absoluto, *erga omnes*, lo que quiere decir que vale contra todos. Mientras que en el derecho personal o de crédito existe un sujeto pasivo conocido y determinado, que es el deudor, en el derecho real como ya se ha dicho no existe un sujeto pasivo determinado, sino que hay una obligación universal de respetarlo y de no impedir su ejercicio.
b) El derecho real es preferente, o sea que el titular de un derecho real no tiene que temer aun cuando se constituyeran otros derechos reales sobre la misma cosa y a favor de otras personas, ya que la ley ampara a aquel cuyo derecho se constituyó en primer lugar.
c) Los derechos reales son limitados en número, ya que solo pueden ser creados por la ley, no por la voluntad de los particulares.
d) Los derechos reales se sancionan y defienden con acciones reales, es decir, el titular de un derecho real puede perseguir la cosa en manos de quien esté.
e) Los derechos reales no se extinguen por el no uso, sino que se aplica la prescripción adquisitiva.

TIPOS DE DERECHOS REALES

Los derechos reales reconocidos por los romanos, es decir, aquellos derechos protegidos por acciones reales, fueron los siguientes:

a) **Derecho real sobre la cosa propia**, que es el derecho real por excelencia, o sea, la propiedad.
b) **Derechos reales sobre la cosa ajena**, que pueden ser:
   - Derechos reales de goce, que son las servidumbres, la superficie y la enfiteusis.
   - **Derechos reales de garantía**, que son la prenda y la hipoteca.

La aparición de estos derechos reales no ocurrió en un mismo período histórico. Los primeros en aparecer fueron la propiedad y la servidumbre, creados por el *ius civile* romano. Posteriormente se crearon acciones reales que fueron configurando los derechos de prenda e hipoteca, por obra del pretor. La superficie y la enfiteusis aparecen en época tardía, protegidos por una acción real procedente del Derecho honorario.

LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN

Se ha afirmado que el Derecho real confiere a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa, es por ello que antes de seguir adelante en el

estudio de los diferentes tipos de derechos reales, conviene precisar en sentido jurídico el concepto de cosa.

Según Bonfante, cosa (*res*) en sentido concreto y específico, o sea, en relación con los derechos reales, es una parte limitada del mundo exterior, que en la conciencia social está aislada y concebida como una entidad económica independiente. Objeto de los derechos reales en el Derecho romano no puede ser sino la cosa en este sentido, es decir, la cosa material, el *corpus*, como dicen también los romanos.

Al decir del mismo autor, no son cosas las prestaciones ni los servicios, ni en general las llamadas cosas inmateriales en las que se hallan comprendidas entidades puramente ideales.

Sin embargo, algunos autores difieren de esta posición de Bonfante y consideran que también las cosas inmateriales tienen cabida en el concepto jurídico de cosa.

Esa es, por ejemplo, la opinión del profesor Arias Ramos, para quien cosa es todo aquello que es susceptible de una gestión o evaluación económicas. Hay cosas jurídicas, objetos de derecho, que no son materiales. La acepción jurídica de la voz "cosa" u "objeto" no coincide con la acepción corriente de "porción material del mundo externo", por las siguientes razones: a) Porque hay cosas jurídicas que no son materiales. Por ejemplo, si alguien tiene el derecho surgido de un contrato a que un artista cante en determinada ocasión, la actuación del cantante, contenido de este derecho, no es una porción de materia externa, y b) porque hay cosas materiales, verbigracia, las estrellas, que no son cosas en sentido jurídico, o sea, no son objeto de derecho.

En cuanto a la clasificación de las cosas, la doctrina romana establece una serie de divisiones entre las cuales las más importantes son las siguientes:

1. COSAS *IN COMMERCIO* Y COSAS *EXTRA COMMERCIUM*

Las primeras son susceptibles de propiedad privada, mientras que las segundas no lo son.

Las cosas *extra commercium* se distinguen a su vez en: *res humani iuris* y *res divini iuris*, según sea una norma terrena o una divina la que la excluya del comercio. Las *res divini iuris* se clasificaban en tres grupos: *res sacrae*, *res religiosae* y *res sanctae*.

RES DIVINI IURIS

a) *Res sacrae*: Cosas sagradas eran las dedicadas al culto de los dioses, como los templos, el área de los templos aunque esté destruido el edificio, las estatuas de los dioses, los bosques sagrados, etc. Para

declarar una cosa como sagrada se efectuaba una ceremonia religiosa denominada *consagratio* y para desafectarla se requería una ceremonia inversa denominada *profanatio*.

b) *Res religiosae*: Las cosas religiosas eran los sepulcros y los objetos enterrados en ellos con el cadáver.

c) *Res sanctae*: Eran aquellas cosas protegidas por la divinidad y cuya violación acarreaba fuertes sanciones, tales como las puertas y muros de la ciudad, los límites de los campos, etc.

RES HUMANI IURIS

Son aquellas cosas que están fuera del comercio por razones de interés general y se subdividían en *res communes*, *res publicae* y *res universitatis*.

a) *Res communes*: Eran cosas comunes aquellas que como el aire, el mar, el agua corriente y las orillas de los mares están puestas a la disposición de todos, sin que nadie pueda apropiarse de ellas.

b) *Res publicae:* Eran aquellas cosas que por sí mismas son susceptibles de apropiación privada, pero que están reservadas para fines de utilidad general por su naturaleza especial, verbigracia, los ríos públicos, las orillas de los ríos, los puertos, las vías públicas, etc.

c) *Res universitatis:* Eran las cosas destinadas para el uso público de los habitantes de una comunidad, como los teatros, los circos, las edificaciones públicas, las plazas públicas, etc. Son cosas que pertenecen a las ciudades pero que están destinadas al uso de todos.

2. *RES MANCIPI* Y *RES NEC MANCIPI*

Esta es una clasificación de las cosas establecida por los romanos atendiendo a consideraciones de orden fundamentalmente económicos.

Las cosas *mancipi* eran las cosas más importantes para la economía del pueblo romano, que era esencialmente una economía agrícola, basada en la tierra y en el trabajo de los esclavos y los animales. Eran *res mancipi* los fundos itálicos, los esclavos, los animales de tiro y carga y las servidumbres sobre fundos rústicos. Todas las otras cosas incluyendo el dinero eran *res nec mancipi*.

Esta clasificación era tan importante para el *ius civile* romano que establecían procedimientos y requisitos especiales para la enajenación de las cosas *mancipi*, como la *mancipatio* y la *in iure cessio*, mientras que las cosas *nec mancipi* se trasmitían por simple ***traditio***. Estos procedimientos serán estudiados en su oportunidad.

La distinción entre cosas *mancipi* y *nec mancipi* se mantuvo durante toda la historia del Derecho romano, aunque lógicamente con el transcurso del tiempo el valor de las cosas se fue modificando y ya en la época de Justiniano desaparece esta diferencia, al igual que la distinción entre fundos itálicos (los situados en la península itálica) y fundos provinciales.

3. COSAS CORPORALES Y COSAS INCORPORALES

Esta distinción es netamente romana; se encuentra en Gayo y en las instituciones de Justiniano. Las cosas corporales son aquellas que se pueden tocar, mientras que las incorporales no son apreciables por los sentidos, no se pueden tocar.

La importancia práctica de esta distinción radica sobre todo en lo que atañe a la posesión: los juristas clásicos consideraban que esta solo era posible respecto de las cosas corporales, pues la noción de *quasi possessio* o posesión de derechos es de origen posclásico.

4. COSAS MUEBLE Y COSAS INMUEBLE

Cosas mueble son aquellas que sin menoscabo de su esencia pueden ser trasladadas de un sitio a otro. Cosas inmueble son el suelo y lo unido a él de un modo estable, como los edificios, las plantas, etc.

Entre las cosas mueble hay que distinguir los semovientes, que son aquellas cosas que pueden moverse por sí mismas, como los esclavos y los animales.

Dentro de los inmuebles se distinguían los predios rústicos y los urbanos, según que no tuvieran o tuvieran edificios, prescindiendo del lugar en que el predio se halle situado.

La distinción entre muebles e inmuebles, que en un principio no tuvo gran importancia, adquirió relevante significación cuando desapareció la distinción entre cosas *mancipi* y *nec mancipi*.

5. COSAS FUNGIBLES Y COSAS NO FUNGIBLES

Cosas fungibles son aquellas que no tienen una individualidad propia y son determinadas no en su unidad, sino en su cantidad, peso y medida, de modo que cada una de ellas puede ser sustituida por otra del mismo genero. Por ejemplo, trigo, arroz, vino, etc.

Las cosas no fungibles son aquellas que tienen individualidad propia y no pueden ser sustituidas por otras del mismo género; verbigracia, una casa, un esclavo, una obra de arte.

Esta distinción tiene gran importancia en el campo de las obligaciones; por ejemplo, el contrato de mutuo solo puede tener por objeto cosas fungibles.

6. COSAS CONSUMIBLES Y COSAS INCONSUMIBLES

Esta clasificación corresponde únicamente a las cosas corporales. Consumibles son las cosas cuyo uso normal está destinado a transformar necesariamente la cosa y su destinación económico social, como la comida y la bebida. Inconsumibles son las cosas que se usan pero no se consumen.

Luis René Viso afirma que la noción de consumición debe entenderse en sentido técnico jurídico y no físico. Consunción jurídica no quiere decir destrucción de la materia, ya que esta no se destruye físicamente, sino que se transforma. Por otro lado, puede acontecer que una cosa se consuma jurídicamente permaneciendo materialmente inalterada, como es el caso de la moneda.

La importancia de esta distinción es innegable y resalta en algunos contratos que no pueden tener por objeto cosas consumibles, como el arrendamiento y el comodato; en cambio, el mutuo sí puede establecerse sobre cosas consumibles, porque el mutuario se obliga a restituir cosas de la misma calidad y cantidad.

7. COSAS DIVISIBLES Y COSAS INDIVISIBLE S

Esta división también alude al sentido técnico jurídico y no físico de la divisibilidad. Cosas divisibles son aquellas que pueden fraccionarse de modo que las partes resultantes de la división tengan la misma función del todo, es decir, que cada una de ellas conserve la esencia y las cualidades del todo y un valor proporcional al de la totalidad. Por ejemplo, una pieza de tela, un edificio, un terreno.

Por el contrario, las cosas indivisibles son aquellas que al fraccionarse pierden su destinación económico social; por ejemplo, una vaca, un cuadro, un libro, etc.

La indivisibilidad además de serlo por su naturaleza puede surgir por obra de la ley o por voluntad de las partes.

8. COSAS SIMPLES, COSAS COMPUESTAS Y UNIVERSALIDAD DE COSAS

Cosas simples son aquellas que comúnmente se utilizan como una unidad, es decir, físicamente no serían cosas simples, pero en la vida social son consideradas como tales, verbigracia, un animal o una piedra. Al decir de Biondi, considerar al animal, la piedra, la soga, como cosa simple, es tremendamente equivocado desde el punto de vista físico, pero sensato y exacto desde el punto de vista jurídico.

Cosas compuestas son las agrupaciones de cosas simples. Los romanos distinguían dos tipos de cosas compuestas: las cosas compuestas *ex contingentibus* y las cosas compuestas *ex distantibus*. En las primeras, la aglomeración de cosas simples ofrece un aspecto compacto o mecánico, por ejemplo, una nave o un edificio.

Las cosas compuestas *ex distantibus* constituyen las universalidades de cosas, porque cada una de las cosas que las componen conserva su material independencia, por ejemplo, un rebaño, una biblioteca, etc.

La universalidad no es una suma de las cosas simples, sino una entidad considerada como un todo; son complejos patrimoniales resultantes de la unión ideal de una pluralidad de cosas homogéneas o heterogéneas.

9. COSAS PRINCIPALES Y COSAS ACCESORIAS

Cosa principal es aquella que por su función económico-social suministra la mayor suma de aprovechamiento o utilidad a un sujeto. Cosa accesoria es aquella que sirve de complemento a la cosa principal, coadyuvando a ser factible su función. Por ejemplo, la espada y la vaina, el cuadro y el marco, etc.

10. PARTE DE UNA COSA Y FRUTOS

Luis René Viso opina que jurídicamente el concepto de parte de una cosa debe entenderse en el sentido no de entidad aislada, con un propio destino y fin, sino como un elemento de otra cosa destinado a complementar, integrar y perfeccionar esta última. Para que una entidad sea considerada parte de una cosa no es necesario que esté materialmente unida a esta, basta que en el pensamiento económico social se conciba que esta última no está completa sin la presencia de aquella. Por ejemplo, el puño es la parte de la espada.

Los frutos pueden ser naturales o civiles.

- **Frutos naturales:** son las partes separadas de la cosa que en los usos sociales se consideran como el producto de la misma. No son frutos solamente los productos de las plantas, sino también los partos de los animales, la lana, la leche y también los productos de las minas. Pero no son frutos los partos de la esclava, porque el producto de un esclavo es su trabajo y sus obras.
- **Frutos civiles:** son aquellos que se obtienen de la cosa como correspondencia del goce que otra persona tenga sobre ella; por ejemplo, las rentas vitalicias, los intereses de un capital, alquileres, fletes, etc.

Los frutos pueden hallarse en diversos estados: pendientes, o sea, adheridos a la cosa matriz; separados, es decir, desprendidos o

arrancados por cualquier causa; percibidos, son los ya recogidos; por percibir, si no han sido recogidos por negligencia del detentador de la cosa matriz; existentes, que se hallan todavía en poder del detentador de la cosa; y consumidos (*consumpti*), cuando ya han sido consumidos, transformados o enajenados.

LA POSESIÓN

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Antes de entrar en el estudio del derecho real por excelencia, o sea, la propiedad, es preciso detenerse en el análisis de una figura muy cercana a ella, que es la posesión.

Numerosas son las fuentes romanas que indican que no debe confundirse la propiedad con la posesión, cosa que los romanos tuvieron siempre muy clara, ya que aun cuando ambas figuras están estrechamente vinculadas, hay un abismo de separación entre ellas: el abismo que separa un hecho de un derecho.

Bonfante considera que posesión *(possessio)* significa entre los romanos una relación de hecho con la cosa que permite disponer de ella plenamente, unida a la intención efectiva de disponer de ella como dueño; el significado de la palabra es el de un señorío verdadero, de una dominación real y efectiva sobre la cosa. Concebida así la relación, esta no expresa sino lo que ordinariamente es el contenido de la propiedad, de donde resulta en un sentido más exacto de lo que se suele creer, que la posesión es la imagen exterior o, como dijo Ihering, la posesión de hecho del derecho de propiedad.

Propiedad y posesión son, pues, dos conceptos muy distintos. Cuando se dice que alguien es propietario de una cosa quiere decir que entre esa persona y la cosa existe una titularidad jurídica, mientras que cuando se afirma que alguien está en posesión de una cosa, quiere decir que esa persona la tiene simplemente en su poder, o sea, que de modo real y efectivo se está sirviendo de ella.

Muchas veces coinciden la titularidad jurídica sobre la cosa y el hecho real de poseerla, pero otra veces no coinciden. Hay propietarios que no están en posesión de la cosa, así como hay poseedores que no son propietarios.

Arias Ramos opina que la posesión es un estado de hecho, pero ello no obstante, resulta que en el de Derecho romano y también en las legislaciones modernas tal situación de efectiva tenencia de una cosa es amparada sin atenderse a averiguar si responde o no a un derecho de quien la disfruta. Es un *statu quo* que la ley obliga, siquiera sea provisionalmente, a respe-

tar protegiendo al poseedor con medios judiciales de defensa contra quienes le ataquen.

NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la posesión ha sido una de las cuestiones más debatidas por la doctrina. Al respecto los autores se plantean dos grandes interrogantes: ¿Qué es lo que diferencia la posesión de la mera detentación?, y ¿cómo se explican aquellos casos que tratándose de mera detentación logran, sin embargo, a su favor las defensas posesorias, o sea, los interdictos?

Para responder a estas interrogantes existen dos posiciones clásicas: la del maestro Savigny y la de Ihering.

Para Savigny, la posesión tiene dos elementos: uno material, la disponibilidad física sobre la cosa, es decir, el *corpus possesionis*, o simplemente el *corpus*; y uno espiritual, el *animus domino*, o simplemente *animus*, o sea, la intención de tener la cosa como propia.

Según Savigny, lo que diferencia la posesión de la simple tenencia o detentación es el *animus*. Por ejemplo, el arrendatario y el comodatario, que son simples detentadores de la cosa, no son poseedores porque les falta ese elemento intencional: el *animus*.

Sin embargo, la teoría de Savigny no logra explicar los llamados casos anómalos de posesión, es decir, aquellos casos que tratándose de meros detentadores tienen, sin embargo, a su favor las defensas posesorias, o sea, los interdictos.

CASOS ANÓMALOS DE POSESIÓN

Estos casos anómalos de posesión son tres: el secuestratario, el acreedor prendario y el precarista.

a) **El secuestratario:** es aquella persona que tiene una cosa a título de secuestro, es decir, una cosa cuya titularidad está en litigio y que el secuestratario deberá entregar a quien resulte vencedor en el pleito.
b) **El acreedor pignoraticio:** es quien tiene la cosa a título de prenda, o sea, en garantía de una obligación.
c) **El precarista:** es aquel que ha obtenido el goce de la cosa a título de concesión precaria, es decir, revocable en cualquier momento.

Estos tres casos no se concilian con la posición de Savigny, porque siendo meros detentadores pueden hacer uso de los interdictos posesorios. A esto argumentó el gran maestro que ellos constituyen una posesión derivada, es decir, una posesión que ha sido transformada por el titular originario, quien no puede cambiarla cada vez que se le antoje, sino solamente en los casos permitidos por el ordenamiento jurídico.

Como se puede apreciar, esta posesión derivada constituye el lado flaco de la doctrina de Savigny.

Por otra parte, para Ihering la nota diferencial entre la posesión y la detentación, es decir, lo que hace de la posesión una categoría especial a la cual el Derecho positivo le brinda una protección independiente, no es el elemento intencional, el *animus*, sino un criterio objetivo: la causa.

Por razones prácticas el ordenamiento jurídico establece caso por caso cuándo la disponibilidad física sobre la cosa debe ser defendida y cuándo no. Por lo tanto, los casos excepcionales o anómalos de posesión según la teoría de Savigny, no lo serán según la doctrina de Ihering, sino que estarían justificados por motivos prácticos considerados por el ordenamiento legal.

Sin embargo, la discusión continúa y hay autores partidarios de una u otra posición; analizarlo excedería los límites de este trabajo.

ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

Como ya se ha mencionado, los elementos de la posesión son dos:

a) Un elemento material, la disponibilidad de la cosa, denominado comúnmente por los autores como *corpus possessionis*, o simplemente *corpus*.
b) Un elemento espiritual, la intención de tener la cosa como propia, denominado *animus possidendi*, o simplemente *animus*.

CLASES DE POSESIÓN

1. *POSSESSIO NATURALIS* Y *POSSESSIO CIVILIS*

La posesión natural significa la mera detentación, sin *animus possidendi*, o sea, una relación de hecho privada de tutela posesoria. Por ejemplo, el arrendatario y el comodatario tienen una simple detentación, una posesión natural.

La posesión civil es una posesión basada en una justa causa, una posesión que tiene su base en una relación con el procedente poseedor, relación que justifica la adquisición de la propiedad.

Según Chibly Abouhamad, algunos de los tratadistas distinguen en la posesión civil:

a) Aquella apta o idónea para adquirir la propiedad por usucapión, que es la llamada *possessio ad usucapionem*.
b) Aquella que está defendida por los interdictos, como la posesión que se reconoce al acreedor pignoraticio en el contrato de prenda, o al depositario en el secuestro, denominada *possessio ad interdicta*. Esta posesión incluye al poseedor de mala fe, pero no conduce a la adquisición de la propiedad.

2. POSESIÓN JUSTA Y POSESIÓN INJUSTA

Esta clasificación está en función del acto inicial de adquisición de la posesión. La posesión justa –llamada también no viciosa– es aquella obtenida sin lesionar a su antiguo poseedor, es decir, es una posesión *nec vi, nec clam, nec precario,* vale decir, que ha sido obtenida sin violencia, de una manera no clandestina y que no ha sido obtenida a título de precario.

La posesión injusta o viciosa es aquella que adolece de una de los tres vicios mencionados; *vi, clam o precario.*

3. POSESIÓN DE BUENA FE Y POSESIÓN DE MALA FE

Al decir de Camus, se posee de buena fe cuando existe la convicción de que se tiene un derecho legítimo sobre la cosa poseída. La mala fe consiste en la conciencia que tiene el poseedor de no tener derecho sobre la cosa.

El poseedor de buena fe goza de los siguientes beneficios:

a) Puede adquirir la propiedad por medio de la usucapión.
b) Se hace propietario de los frutos de la cosa poseída.
c) Puede intentar la acción publiciana, defensa concedida por el pretor a aquel poseedor a quien le faltara el transcurso del tiempo necesario para usucapir.
d) Puede recuperar los gastos necesarios y útiles.
e) Tiene derecho a hacer uso de los interdictos posesorios para defender su posesión.

El poseedor de mala fe solo tiene derecho a recuperar los gastos necesarios y puede hacer uso de los interdictos posesorios.

ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

Para adquirir la posesión, es decir, para que la misma se inicie, no se necesita ningún requisito de carácter formal, basta que concurran en la relación entre el sujeto y la cosa los dos elementos antes mencionados: el *corpus* y el *animus*.

El requisito del *corpus* no era concebido por los romanos como contacto directo o sujeción inmediata; por ejemplo, el que preparó la red en que ha caído un animal tiene el *corpus*, aunque no haya visto el animal atrapado.

El *animus* supone la capacidad del sujeto: ni el infante, ni el loco, ni el esclavo pueden adquirir por sí la posesión. Sin embargo, en el Derecho justinianeo, se admitió que el infante pudiera adquirir la posesión con la *auctoritas* del tutor y los pupilos infancia mayor aun sin ese requisito.

Arias Ramos afirma que el *animus* no debe entenderse como un requisito de proceso tan exclusivamente interno y psicológico que puede, sin más, transformar una posesión natural en posesión *ad interdicta*.Un arrendatario o un depositario no pueden decidir *motu proprio* que, puesto que ya tienen materialmente la cosa, un cambio en su intención basta para que se les considere como poseedores. Hará falta consentimiento del verdadero poseedor o un acto ostensible que patentice que a este le ha sido arrebatada su posesión.

La posesión se pierde por la falta de uno cualquiera de sus dos elementos. Siguiendo a Chibly Abouhamad, se puede decir que la posesión puede entonces perderse: solo *corpore* o solo *animus*.

La posesión se pierde solo *corpore* cuando el poseedor queda privado de la posesión de la cosa, lo cual se da en los siguientes casos:

a) Cuando ha perdido la cosa.
b) Cuando le ha sido sustraída.
c) Cuando la cosa se ha destruido por circunstancias extrañas al poseedor.
d) Cuando la cosa ha sido destruida por circunstancias imputables a él.
e) Cuando la cosa ha sido destruida parcialmente, esto es, que impide el ejercicio de la posesión.

Solo animus se pierde:

a) Cuando el poseedor intencionalmente renuncia a la posesión.
b) Por muerte del poseedor.

DEFENSA DE LA POSESIÓN. LOS INTERDICTOS POSESORIOS

Las defensas de la posesión son los interdictos, que eran órdenes emanadas del pretor, a solicitud de parte, mediante las cuales se procuraba dar fin a una controversia, disponiendo la exhibición de la cosa, la restitución de la misma o la abstención de realizar determinados actos.

Como se ve, la protección judicial de la posesión fue en el Derecho clásico obra del pretor; sin embargo, en el Derecho justinianeo continúan llamándose también interdictos, aunque ya han desaparecido las características procesales propias del procedimiento formulario.

Los interdictos posesorios eran de dos clases:

- Interdictos *retinendae possessionis*.
- Interdictos *recuperandae possessionis*.

Los interdictos *retinendae possessionis* se utilizaban para sostener a alguien en una posesión en la cual se le perturba o se le molesta. Son los siguientes:

a) *Uti possidetis*: Se daba para proteger la posesión de inmuebles contra perturbaciones causadas a una posesión justa, es decir, *nec vi, nec clam, nec precario*.

b) *Utrubi*: Se utilizaba para proteger la posesión de bienes mueble. No se daba siempre a favor de quien está poseyendo la cosa en el momento del interdicto, sino de aquel que en el año inmediatamente anterior la hubiese poseído por más tiempo *nec vi, nec clam, nec precario*, frente al adversario.

Los interdictos *recurandae possessionis* se daban para reintegrar a alguien en una posesión de la cual había sido despojado. Son los siguientes:

a) *Interdictum unde vi*: Protege al poseedor que ha sido despojado violentamente de un fundo. Debía intentarse dentro de un año a partir del despojo y siempre que estuviera poseyendo en el momento en que la violencia tuvo lugar, *nec vi, nec clam, nec precario* frente al adversario.

b) *Interdictum de vi armata:* Como lo indica su denominación, se daba cuando el despojo de la posesión había ocurrido por medio de las armas. Podía ser intentado sin el límite de un año y prosperaba aunque el desposeído estuviese en una posesión frente al causante del despojo.

c) *Interdictum clandestinae possessionis*: Protegía al que había sido despojado clandestinamente de un inmueble.

d) *Interdictum de precario*: Se daba para recuperar un mueble o inmueble que había sido concedido a título de precario, cuando requerido el precarista para que lo devolviese no lo hacía.

LA CUASIPOSESIÓN

Hasta ahora se ha estudiado la posesión como una situación de hecho referida solamente a las cosas corporales. Sin embargo, el Derecho admite también una *quasi possessio*, es decir, la posesión de derechos reales distintos a la propiedad como las servidumbres, la enfiteusis y la superficie.

Citando a Luis René Viso, se puede decir que a los fines de proteger el ejercicio de hecho del derecho de usufructo, uso y habitación, se extendieron en el Derecho clásico los interdictos posesorios en vía útil, lo que nos demuestra que el ejercicio de hecho de estos derechos se protegía como si fuese posesión. Por el contrario, en el Derecho justinianeo, el ejercicio de hecho de cualquier derecho real es llamado posesión y es defendido como tal. Nos encontramos así con la posesión del usufructo,

del uso, de la habitación, de la enfiteusis y de la superficie. Llegando más lejos en el concepto, los juristas posclásicos justinianeos nos hablan de una posesión de derechos, como por ejemplo la posesión del estado de libertad, de ciudadanía, de privilegios, etc.

LA PROPIEDAD. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

En las fuentes romanas no existe ningún fragmento que trate de formular el concepto que ellos tenían acerca de la propiedad; las definiciones que se conocen son obra de los comentaristas y tratadistas modernos.

Los posglosadores de la Edad Media definían la propiedad como el *ius utendi et abutendi re sua*, es decir, el derecho de usar y abusar de una cosa propia. Esas definiciones han sido abandonadas hoy en día porque sería demasiado extenso y detallista tratar de dar una definición enumerativa de las facultades del propietario y, además, porque todas o algunas de estas facultades pueden estar vedadas al propietario, sin que por ello desaparezca su derecho de propiedad.

Es por ello que los autores modernos definen la propiedad sin determinar el contenido del dominio, como lo hace Bonfante, para quien ella es "El señorío más general sobre la cosa, ya sea en acción, ya sea por lo menos en potencia".

La palabra propiedad proviene de la voz latina *propietas*, la cual deriva de *"propium"*. El primer término que utilizaron los romanos para designar lo que hoy se conoce como propiedad, fue el de *mancipium*. Más tarde aparecieron los vocablos *dominium, dominium legitimun* y luego *propietas*.

La propiedad es considerada el derecho real por excelencia, por cuanto todos los demás derechos reales están subordinados a ella: son derechos reales sobre la cosa ajena. Se ejercita sin consideración a personas determinadas y todos están obligados a abstenerse de perturbar al propietario.

Seguidamente se indicaran las características de la propiedad romana:

a) La propiedad romana era ilimitada, un señorío absoluto y exclusivo, repugnante a cualquier limitación, a cualquier influencia extraña. Aun cuando, como se verá posteriormente, existieron limitaciones a la propiedad, en su esencia era ilimitada.
b) Era de carácter absorbente: la propiedad absorbe necesariamente todo lo que se incorpore a ella, en virtud del principio de accesión. Todo lo que está en el fundo o se incorpore a él, pertenece al propietario.
c) Era inmune: Estaba exenta de contribución territorial. El tributo era de carácter personal, no territorial. Esta inmunidad la disfrutaban solo los

fundos itálicos y aquellos situados en provincia a los que se les había otorgado tal derecho.

d) Era perpetua: No se podrá limitar a priori. El que era propietario lo era para siempre y solo dejaba de serlo por un acto de su propia voluntad. Como consecuencia de esto no se podía transferir la propiedad sujeta a la llegada de un término resolutorio o al cumplimiento de una condición resolutoria.

e) La propiedad romana, al igual que los muros y defensas de la ciudad, tenía confines o linderos santos.

SUJETOS Y OBJETO DE LA PROPIEDAD

Los sujetos de la propiedad en Derecho romano eran solamente los ciudadanos romanos y aquellos peregrinos y latinos que gozaban del *ius commercii*. Según Luis René Viso, a través del jurista Gayo sabemos que los peregrinos no gozaban del *commercium*, si bien no se les reconocía el dominio quiritario, sin embargo, tenían el reconocimiento de la titularidad de los derechos reales establecidos y protegidos por sus leyes nacionales.

Pueden ser objeto del derecho de propiedad todos los bienes mueble y dentro de los inmuebles los fundos itálicos, es decir, aquellos situados en Italia. Sobre los fundos provinciales, como se aclara más adelante, existía otro tipo de propiedad, llamada propiedad bonitaria.

No podían ser objeto del dominio privado las cosas *extra comercium*, como se explicó anteriormente. Tampoco podían ser objeto de propiedad las cosas incorporales, mientras que hoy en día existe la propiedad intelectual, industrial, etc.

TIPOS DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

1. PROPIEDAD QUIRITARIA

Es la llamada *dominium ex iure quiritium*, es decir, el dominio según el derecho de los quirites, quienes fueron los originarios ciudadanos romanos fundadores de la ciudad.

La propiedad quiritaria fue la única reconocida por los romanos en los últimos tiempos. Para ser propietario quiritario debían cumplirse los siguientes requisitos:

a) El titular de la propiedad debe ser un ciudadano romano o un latino o peregrino a quien se haya concedido el *ius comercii*.

b) La cosa objeto de la propiedad debe ser una *res mancipi*.

c) El dominio tenía que haber sido adquirido por medio de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, que eran las formas de adquirir la *res mancipi*.

2. PROPIEDAD BONITARIA O PRETORIANA

Como se acaba de mencionar, para adquirir la propiedad sobre una cosa *mancipi*, había que cumplir con los requisitos de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, lo cual significaba el cumplimiento de ciertas ceremonias o formalidades. Si estas formas no eran observadas, el que había adquirido la cosa no se hacía propietario quiritario de la misma, es decir, no adquiría el *dominum* según el *ius civile* romano. Esto traía como consecuencia que la cosa podía ser reivindicada por su antiguo propietario.

Sin embargo, esta injusta situación no se prolongaba indefinidamente en el tiempo, sino que como se verá más adelante, el adquiriente podía llegar a tener la propiedad de la cosa por medio de la *usucapio*, la cual requería de un año si se trataba de cosas mueble y de dos años para los inmuebles.

Estas razones expuestas condujeron al pretor a concederle al adquiriente poseedor de la cosa los siguientes beneficios:

a) Si el propietario trataba de recuperar la cosa por medio de la acción reivindicatoria, el pretor concedía al poseedor una excepción para paralizar dicha acción.

b) Si el propietario trataba de obtener la cosa por cualquier medio que fuera, el adquiriente podía recuperarla mediante la acción publiciana, la cual funcionaba a través de una ficción: la de que ya había transcurrido el tiempo necesario para adquirir la cosa por medio de la *usucapio*.

Esta acción publiciana con el tiempo se fue extendiendo a otras situaciones similares como, por ejemplo, cuando una cosa ***nec mancipi*** ha sido transmitida por quien no tenían sobre ella un verdadero derecho de propiedad.

La propiedad adquirida de este modo es la llamada propiedad bonitaria o pretoriana. Se llama bonitaria porque el adquiriente tendrá la posesión de la cosa *in bonis*, esto es, es un poseedor de buena fe pero que no ha cumplido con los requisitos necesarios para adquirir la propiedad o el dominio quiritario de la cosa.

Cuando se concede la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, se unifica el derecho de propiedad.

En el Derecho justinianeo no existe sino un solo tipo de propiedad, denominada indiferentemente *propietas* o *dominium*.

LA COPROPIEDAD

Se dice que hay copropiedad cuando una misma cosa pertenece a varios sujetos. Aunque el término copropiedad pertenece a los comentaristas, se sabe que los romanos conocieron y regularon la copropiedad. Ellos denominaban *dominii* o *socii* a los condóminos o copropietarios de una misma cosa.

La copropiedad puede ser de dos tipos: voluntaria o accidental. Es voluntaria cuando procede del consentimiento o voluntad de las partes, como en el contrato de sociedad. Es incidental cuando surge de un acontecimiento que produce la adquisición de una cosa a favor de varias personas, por ejemplo, cuando varias personas heredan un mismo objeto.

EFECTOS DE LA COPROPIEDAD

La copropiedad producía en el Derecho justinianeo los siguientes efectos:

a) Ningún copropietario podía disponer de la cosa común sin el consentimiento de la totalidad de los condóminos.
b) Cada copropietario podía disponer libremente de su derecho de copropiedad, es decir, cada uno de los copropietarios puede enajenar o gravar su cuota parte sin necesidad del consentimiento de los demás.
c) Cada copropietario podía utilizar ilimitadamente la cosa en común, pero ninguno podía ser alteraciones o innovaciones de la cosa, sin el consentimiento de los demás condominios; esto se llamaba *ius prohibendi.*
d) Cada copropietario tenía el derecho de ejercer contra los demás copropietarios y contra terceros las acciones que protegían la propiedad como, por ejemplo, la acción reivindicatoria o la acción negatoria.
e) Nadie está obligado a permanecer en copropiedad, de modo que cada propietario está en su perfecto derecho de pedir la división de la cosa común. La acción para disolver la comunidad era la *actio communi dividundo*, pero si se trataba de un herencia procedía la *actio familiae erciscundae.*
f) Cuando uno de los copropietarios perdía su cuota por renuncia, abandono o por otra causa, su cuota acrecía la cuota parte de los demás condóminos; esto era lo que se denominaba *ius adscrecendi.*

LIMITACIONES A LA PROPIEDAD

En todas las épocas el derecho de propiedad ha tenido que soportar limitaciones, bien sea por razones de interés público o por colidir con los intereses de otros particulares. El Derecho romano no fue ajeno a estas restriccio-

nes, aunque de una forma muy diferente a la propiedad actual, la cual por su función económico-social esta cada día más limitada en función de intereses colectivos. En general, en Roma estas limitaciones obligaban al propietario a soportar algo o abstenerse de algo, casi nunca a realizar una actividad positiva.

LIMITACIONES DE DERECHO PÚBLICO

a) **Expropiación forzosa:** Arias Ramos comenta que una reglamentación de esta materia, en la que de modo similar a lo que sucede en las legislaciones modernas, se fijase el principio de la posibilidad de privar a los propietarios de su derechos por motivos de utilidad pública, previa indemnización, y se determinasen las posibilidades para apreciar aquella y valorar esta, no parece haber existido en el Derecho romano. No hay en las fuentes trazas de ello. A lo más, pueden señalarse algunos textos jurídicos y extrajurídicos, en los cuales se alude a ocasiones concretas que se solucionaron de un modo parecido a lo que constituye un criterio general en las legislaciones actuales.

   Lo más probable es que estos problemas de colisión entre la propiedad privada y la utilidad pública hayan sido resueltos en cada caso en concreto por el *imperium* del magistrado, al cual en la concepción romana todo derecho individual está subordinado.

b) **Limitaciones por motivos religiosos:** La Ley de las XII Tablas prohibía expresamente quemar o sepultar cadáveres dentro de los muros de la ciudad, no solamente por motivos de índole religiosa, sino, por supuesto, por razones de higiene.

c) **Paso forzoso:** Se obligaba al propietario a soportar el paso a través de su fundo si el camino público se encontraba en mal estado y también para dar acceso a un sepulcro.

d) **Necesidades de la navegación:** Los propietarios de las fincas ribereñas a los ríos navegables debían tolerar el uso de las orillas para necesidades de la navegación.

e) **Construcciones urbanas:** Existía también una serie de disposiciones referentes a construcciones urbanas, relacionadas con la altura, distancias y estética de los edificios.

LIMITACIONES POR RAZONES DE VECINDAD

Entre otras, existieron en Roma las siguientes limitaciones que obedecían a razones de vecindad:

a) Derecho de penetrar en el fundo vecino para recoger los frutos caídos del árbol del propio fundo.

b) El propietario debía soportar que los árboles de las fincas contiguas avancen con las ramas sobre las suyas, siempre que lo hagan sobre una determinada altura.

c) Existía también una serie de limitaciones relacionadas con la distancia entre plantaciones contiguas, aperturas de ventanas en inmuebles urbanos, prohibición de construcciones que oscurezcan la casa del vecino, destrucción de obras que obstaculicen el curso de las aguas, etc.

MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

Tradicionalmente han sido divididos los modos de adquirir la propiedad en originarios y derivativos. Se dice que la adquisición es originaria cuando la misma se produce con prescindencia de cualquier titularidad anterior, es decir, la cosa se adquiere en forma autónoma, sin relación jurídica preexistente.

Por el contrario, los modos derivativos son aquellos en los cuales la adquisición se basa en una relación precedente, de la cual deriva el derecho en favor del nuevo titular.

MODOS ORIGINARIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

1. LA OCUPACIÓN

Es la aprehensión material de una cosa sin dueño, o sea, de una *res nullius*. Son *res nullius*:

a) Los animales salvajes en estado de libertad.

b) Las *res hostiles*, o sea, las cosas poseídas por el enemigo con quien los romanos estaban en guerra.

c) Las *res derelictae*, es decir, las cosas abandonadas por sus dueños.

d) La *insula in mari nata* o isla nacida en el mar.

2. EL TESORO

Es todo objeto mueble de valor que ha permanecido oculto por tanto tiempo que la memoria del dueño ha desaparecido. Justiniano dispuso en relación con el tesoro que si este es descubierto en fundo ajeno, debe repartirse por mitad entre el descubridor y el dueño del fundo; y si es descubierto en tierras públicas la mitad corresponde al Estado.

3. LA ACCESIÓN

Siguiendo a Arias Ramos, se puede decir que cuando una cosa se une natural o artificialmente a otra, formando un todo de componentes inseparables prácticamente, el propietario de una de ellas, considerada como cosa principal, adquiere la propiedad de la otra, ya fuese esta antes *nu-*

Ilius o ya perteneciere a otra persona. Tal modo de adquirir se denomina accesión.

Existen diversos tipos de accesión:

- **Accesión de inmueble a inmueble**
  a) *Alluvio:* Es una aglomeración o acrecentamiento de tierra que se forman paulatinamente en los fundos ribereños y terrenos que van dejando las aguas al retirarse. Por lo tanto, para que se configure el aluvión es necesario que el fundo esté a la orilla de un río o arroyo, que el incremento de tierra se forme por efecto de las corrientes de agua y que dicho incremento sea paulatino.
  b) *Avulsio*: La avulsión se produce cuando una porción de tierra de un predio es arrancada por el ímpetu de las aguas e incorporada a otro fundo; el dueño de este fundo adquiere dicha porción de terreno.
  c) *Insula in flumine nata* (isla nacida en un río): Cuando una isla emerge de un río cae bajo el dominio de los propietarios ribereños de ambos lados.
  d) *Alveus derelictus* (cauce abandonado): Cuando un río público cambia su cauce, el lecho abandonado era adquirido por los dueños de los fundos situados en las que fueron sus orillas; esto se hacía trazando una línea imaginaria por el centro del cauce y prolongando perpendicularmente a ella los límites de cada propiedad.

- **Accesión de mueble a inmueble**
  a) *Inaedificatio* (edificación): Consiste en la construcción de un edificio con materiales pertenecientes a personas distintas del dueño del suelo, por tanto, este último adquiere la propiedad del edificio.
  b) *Plantatio*: Los árboles plantados en suelo ajeno pertenecen al dueño del mismo, siempre y cuando hayan echado raíces.
  c) *Satio:* Consiste en sembrar semillas en un terreno que pertenece a una persona distinta del dueño de las semillas; los árboles que nazcan pertenecerán al dueño del terreno.

- **Accesión de mueble a mueble**
  a) *Ferruminatio:* Es la unión inmediata de dos objetos del mismo metal, sin usar otra sustancia como medio de unión. El dueño de la cosa principal adquiere la cosa considerada secundaria o accesoria. Si la unión entre los dos objetos se efectuó utilizando un material distinto, como el plomo o el estaño, se entendía que la unión podía deshacerse sin menoscabo de los objetos y no había adquisición de propiedad.

b) *Scriptura*: El dueño del pergamino, tabla, etc., se hace dueño de lo que en ellos se haya escrito.
c) *Textura*: El dueño de la tela se hace propietario de lo que en ella se haya tejido o bordado.
d) *Pictura*: Sobre esta materia había discusión entre las dos grandes escuelas de juristas, ya que los sabinianos consideraban que lo pintado accedía a la tabla o a la tela y atribuía la pintura al dueño de la misma, mientras que los proculeyanos opinaban que el pintor adquiría por accesión la tela o la tabla, opinión esta acogida por Justiniano.

4. LA ESPECIFICACIÓN

Es otro de los modos originario de adquisición de la propiedad y consiste en la transformación de una materia prima ajena en una especie nueva. El ejemplo clásico es el de las uvas y el vino, cuando ambos son de distintos dueños.

El problema que se plantea es determinar a quién pertenece la especie nueva, si al propietario de la materia prima o al transformador. Los sabinianos atribuían la propiedad de la nueva especie al dueño de la materia, mientras que los proculeyanos se la atribuían al especificador. Justiniano dispuso que si el objeto podía volver a su forma original debía pertenecer al dueño de la materia, en caso contrario, pertenecía al artífice. Si la cosa había sido elaborada parte con materia ajena y parte con materia propia, pertenecía al artífice.

5. CONFUSIÓN Y CONMIXTIÓN

Consisten en la mezcla de líquidos o sólidos, respectivamente, pertenecientes a diversos propietarios. Para que exista confusión o conmixtión es necesario que ninguno de los cuerpos mezclados pueda ser considerado principal o accesorio, ya que en este caso sería accesión, ni tampoco debe resultar una especie nueva, pues sería especificación. Si las cosas mezcladas se pueden separar, cada cosa pertenece a su propietario, y si no se pueden separar la mezcla pasa a ser común entre ambos propietarios.

MODOS DERIVATIVOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

1. LA *MANCIPATIO*

Era el modo solemne y arcaico de transmitir la propiedad quiritaria, o sea, el *dominium ex iure quiritium*. Era una ceremonia solemne que se efectuaba en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos y púbe-

res, y de otra persona (*libripens*), que sostenía una balanza; luego la persona que iba a adquirir la propiedad golpeaba la balanza con un trozo de cobre y pronunciaba una fórmula solemne afirmando que la cosa se hacía suya conforme al Derecho de los quirites; si el objeto era mueble debía de estar presente, si era inmueble se utilizaba algo que lo simbolizase.

En un principio la *mancipatio* fue una verdadera venta, más tarde se transformó en un simbolismo o *immaginaria venditio*.

La *mancipatio* solo podía ser utilizada por los ciudadanos romanos o por aquellos que gozaban del *ius commercii*, y únicamente para las cosas *mancipi*. En el Derecho justinianeo no existía ya la *mancipatio*.

2. LA *IN IURE CESSIO*

Era una ceremonia que se hacía delante del magistrado simulando un pelito acerca de la propiedad de una cosa. El adquiriente actuaba como demandante, alegando su derecho se propiedad, y el transmitente como fingido demandado, asentía a su pretensión, por lo cual el magistrado adjudicaba la cosa al primero.

La *in iure cessio* se utilizaba tanto para las cosas *mancipi* como para las *nec mancipi* y como tenía que efectuarse delante del magistrado, desapareció primero que la *mancipatio*. En el Derecho justinianeo no existe ya la *in iure cessio*.

LA *TRADITIO*

Consiste en la entrega de una cosa que debía hacer su propietario al adquiriente, con la intención de transmitir el dominio sobre ella. Se utilizaba para las cosas *nec mancipi* y debía cumplir con los siguientes requisitos:

a) Entrega material de la cosa, por lo cual era necesario que ambas personas –alienante y adquiriente– tuviesen capacidad de obrar.
b) Intención de transmitir la propiedad de la cosa.
c) Justa causa, es decir, que entre alienante y adquiriente mediase una relación jurídica de naturaleza tal que justificase la transmisión del dominio.

CASOS DE *TRADITIO FICTA*

En el Derecho primitivo era esencialísima la entrega material de la cosa, pero en la época clásica se admitieron varios casos de *traditio ficta*, vale decir, sin necesidad de la entrega efectiva del objeto. Estos casos eran:

a) *Traditio* simbólica: No se entregaba la cosa sino un objeto que la simbolizase, por ejemplo, una llave.

b) *Traditio longa manu*: Consistía en indicar, señalando a distancia, la cosa cuya propiedad se transfería.
c) *Traditio brevi manu*: Se daba en aquellos casos en que el adquirente tenía ya el objeto en su poder por otro concepto, por ejemplo, cuando el adquirente tenía la cosa en arrendamiento.
d) *Constitutum possessorium*: Es el caso inverso al anterior; el que transfería la propiedad retenía la cosa en su poder no ya como dueño, sino por otro título como, por ejemplo, en arrendamiento o comodato.

LA *USUCAPIO*

Es la adquisición de la propiedad de una cosa mediante la posesión continuada de la misma durante cierto tiempo y el cumplimiento de las demás condiciones señaladas por la ley.

Algunos autores colocan la usucapión entre los modos derivativos de adquirir la propiedad, pero en realidad la misma es intermedia entre los modos originarios y los derivativos, ya que si bien existe una titularidad anterior, no hay transmisión directa del dominio de un titular al otro.

En su origen la *usucapio* es una institución eminentemente romana que proviene de las voces *usus* (uso) y *capere* (tomar, agarrar). Actualmente se le conoce como prescripción adquisitiva.

Requisitos de la *usucapio*

a) *Res habilis*: es preciso que la cosa sea susceptible de usucapión. Entre cosas que no eran *res habilis* se encuentran las siguientes: las *res extra commercium*, las *res furtivae* (cosas robadas), las *res vi possessae* (cosas obtenidas por la violencia), las cosas incorporales, las *res mancipi* de la mujer enajenadas sin la autorización del tutor, las cosas de los menores, del Estado, de la Iglesia, de las fundaciones pías y, en general, las cosas que no pueden enajenarse.
b) *itulus:* El título o justa causa. Aunque los romanos no dejaron una teoría acerca del titulo o la justa causa, puede definirse como la causa que constituye fundamento suficiente para legitimar el traspaso del derecho.

   Entre otros se pueden mencionar a título de ejemplo, los siguientes títulos: *pro emptore* (basado en una compra), *pro donato* (en una donación), *pro soluto* (en un pago); en todos estos casos existe una adquisición defectuosa que no produce el traspaso de la propiedad, pero que constituye justo título para adquirir por *usucapio*.
c) *Bona fides*: Consiste en la creencia positiva de que la posesión es justa; la convicción de no estar lesionado un derecho ajeno. La buena

fe se exigía solamente en el momento de la adquisición, es decir, en el momento de tomar posesión de la cosa.

d) *Possessio*: Debe tratarse de verdadera posesión jurídica, no de la simple detentación de la cosa.

e) *Tempus*: En el cómputo del tiempo de la posesión para llegar a usucapir, es necesario tomar en cuenta que el sucesor continúa la posesión iniciada por el causante. La posesión debe ser continua, es decir, ininterrumpida. La interrupción podía ser natural, cuando se perdía el contacto con la cosa, o civil, mediante el ejercicio de una acción del propietario contra el poseedor.

ETAPAS DE LA *USUCAPIO*

La *usucapio* en Roma atravesó por varias etapas:

1. *USUCAPIO* DEL *IUS CIVILE*

En su evolución histórica la *usucapio* atravesó por distintas etapas, la primera de las cuales fue la del Derecho antiguo o del *ius civile*. En esta etapa la *usucapio* servía para adquirir el dominio quiritario y también para regularizar situaciones de adquisición anómalas, por ejemplo, cuando no se habían cumplido los requisitos de la *mancipatio* o se adquiría una cosa de quien no era propietario.

Se adquiría la propiedad mediante el cumplimiento de los requisitos antes señalados, poseyendo la cosa durante un año si era mueble o dos años si era un bien inmueble.

Formas anómalas de la *usucapio*

Como se ha dicho, para llegar a adquirir la propiedad de una cosa por *usucapio* era imprescindible el justo título y la buena fe; sin embargo, el *ius civile* contemplaba algunos casos excepcionales o anómalos, en los cuales se podía usucapir faltando algunos de los requisitos mencionados. Estos casos anómalos de usucapión fueron los siguientes:

a) *Usucapio pro herede*: Ocurre cuando alguien se apodera de los bienes de una herencia en el período comprendido entre la muerte del causante y la aceptación del heredero.

b) *Usurreceptio ex fiducia:* Surge cuando una cosa mancipada en garantía de una obligación retorna a la posesión del primitivo dueño por cualquier causa y de cualquier manera.

c) *Usurreceptio ex praediatura*: Se da cuando el Estado ha embargado un fundo a una persona y esta lo retiene en su poder durante dos años; de esta forma readquiere su propiedad.

2. USUCAPIO DEL DERECHO PRETORIANO

La *usucapio* del Derecho pretoriano es llamada *praescriptio longi temporis*. En la primera fase solo se podía adquirir por *usucapio* la propiedad quiritaria, de allí que no se pudieran usucapir los fundos provinciales. Es por ello que el Derecho honorario creó la *praescriptio longi temporis* para defender la larga posesión de un fundo provincial.

Esta era una defensa que tenía el poseedor de un fundo provincial contra la acción de quien pretendía tener derechos sobre dicho fundo, siempre que tuviese una posesión de diez o veinte años, según que se tratase o no de moradores en una misma ciudad.

La *praescriptio longi temporis* se inició como una defensa, pero posteriormente se transformó en una verdadera *usucapio*.

3. LA *USUCAPIO* EN EL DERECHO JUSTINIANEO

Como en el Derecho justinianeo ya ha desaparecido la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, se encuentran fundidas la *usucapio* del *ius civile* y la *praescriptio longi temporis* del Derecho honorario en una sola usucapión, que es de tres años para los muebles y de diez o veinte años para los inmuebles, según que el propietario habitase o no en la misma ciudad que el poseedor.

Igualmente se creó una prescripción de largísimo tiempo, la *praescriptio longissimi temporis*, de treinta años para los bienes de la Iglesia y los destinados a causas piadosas. De esta manera podían adquirirse todas las cosas, ya que se establece que todas las acciones prescriben a los treinta años. No se requería el justo título, pero sí la buena fe en el momento de la adquisición.

DEFENSA DE LA PROPIEDAD

Al decir de Luis René Viso, los juristas romanos distinguieron dos especies de violación de derecho de propiedad: la violación de aquel que ilegítimamente posee la cosa, privando de ella al propietario, y la violación de aquel que si bien no discute el derecho de propiedad sobre la cosa, sin embargo, pretende ejercitar derechos reales sobre ella, limitando el goce y la disponibilidad del propietario.

Seguidamente serán analizados ambos casos de defensa contra ataques a la propiedad.

1. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

Es la acción típica para la defensa del derecho de propiedad. La ejercita el propietario que ha sido privado de la posesión de la cosa y, por

tanto, a él le incumbe la carga de la prueba, gravosa y complicada, por lo que algunos intérpretes la llamaron *probatio* diabólica.

Sin embargo, si el propietario demandante había adquirido la cosa a título derivativo no tenía necesidad de remontarse hasta el propietario original, sino le bastaba con alegar la usucapión si había transcurrido el tiempo requerido para ello.

En un principio, solo podía intentarse esta acción contra quien era verdadero poseedor, pero más tarde se admitió también contra el simple detentador, obligándolo a declarar a nombre de quien retenía la cosa en su poder.

Si el propietario demandante salía victorioso, había que determinar la responsabilidad del demandado por frutos de la cosa, por los daños inferidos a la misma y por los gastos que el poseedor hubiese hecho en ella. Para ello había que distinguir si se trataba de un poseedor de buena fe o de un poseedor de mala fe.

El poseedor de buena fe en la época clásica respondía por los frutos percibidos después de la *litis contestatio* (contestación de la demanda). En el Derecho justinianeo dicho poseedor respondía solamente por los frutos que aun conservaba, sin importar si habían sido percibidos antes o después de la *litis contestatio*, así como también debía dar cuenta de los frutos que no se percibieron por su negligencia.

El poseedor de mala fe debía restituir los frutos percibidos antes y después de la *litis contestatio*.

El poseedor de buena fe responde solo por los daños inferidos a la cosa después de la *litis contestatio*, mientras que el de mala fe debía resarcir los daños ocasionados antes y después de la contestación de la demanda.

A este respecto se distinguían los gastos necesarios, indispensables para la conservación de la cosa; los gastos útiles, que son las mejoras que aumentan el rendimiento y valor de la cosa; y los gastos de lujo o suntuosos, que son de mero embellecimiento estético de la cosa.

En la época clásica, el poseedor de buena fe tenía derecho a reclamar los gastos necesarios y útiles, no los de lujo. El de mala fe no podía reclamar nada. Bajo Justiniano, tanto los poseedores de buena fe como los de mala fe tenían derecho al reembolso de los gastos necesarios; solo los de buena fe podían reclamar los gastos útiles y ambos poseedores tenían el *ius tollendi*, derecho a retirar las acciones de lujo, siempre y cuando ello sea sin deterioro de la cosa y le reporte utilidad al poseedor.

2. LA ACCIÓN NEGATORIA

Esta acción se ejercita para defenderse de ataques a la propiedad, que no tenían por objeto la privación de la misma, sino disminuir sus facultades, atribuyéndose derechos sobre la cosa como, por ejemplo, servidumbres u otros derechos reales. El demandante debía probar que era propietario y demostrar las lesiones causadas a su derecho.

El resultado de esta acción se manifestaba mediante la destrucción de las obras que obstaculizaran el ejercicio de la propiedad, la cesación de la actividad perturbadora, el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el propietario y también, en ciertos casos, el perturbador debía prestar fianza para asegurar posibles molestias futuras.

3. LA ACCIÓN PUBLICIANA

Era la acción que protegía la propiedad bonitaria. La concedía el pretor basándose en una ficción que consistía en suponer que había transcurrido el tiempo necesario para usucapir. El poseedor demandante lograba con ella obtener la restitución de la cosa, cumpliendo con todos los requisitos necesarios para la usucapión, excepto por el tiempo.

DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA

Aparte de la propiedad, derecho real por excelencia, existen otros derechos reales que se ejercitan sobre cosas cuya propiedad pertenece a otra persona. Estos derechos reales sobre la cosa ajena han sido clasificados para su estudio en:

- **Derechos reales de goce:** servidumbres, enfiteusis y superficie.
- **Derechos reales de garantía:** prenda e hipoteca.

DERECHOS REALES DE GOCE

Los derechos reales de goce constituyen en el Derecho romano figuras típicas determinadas, a saber, las servidumbres, la enfiteusis y la superficie.

LAS SERVIDUMBRES

Según la definición de Arias Ramos, la servidumbre es un derecho real sobre una cosa ajena, consistente en el poder de impedir ciertos actos al dueño de esta o en la facultad de utilizarla de cierta manera.

Según que el gravamen esté constituido a favor de un fundo o de una persona determinada, las servidumbres se clasifican en *prediales* y *personales*. Seguidamente se estudiarán unas y otras.

1. SERVIDUMBRES PREDIALES

Estas servidumbres otorgan al dueño de un fundo, llamado fundo dominante, cierto poder limitado sobre otro fundo, ajeno y vecino, llamado fundo sirviente. Uno de los fundos sirve al otro, de allí el nombre de la servidumbre.

Según la naturaleza del fundo dominante, las servidumbres prediales han sido clasificadas en rústicas y urbanas.

Si el fundo dominante está destinado a la explotación agropecuaria, la servidumbre es rústica. Si el fundo dominante es un edificio, bien sea en el campo o en la ciudad, la servidumbre es urbana.

Principios aplicables a las servidumbres prediales

a) *Nulli res sua servi:* Este enunciado significa que no es posible establecer una servidumbre sobre la cosa propia, es preciso que los dos fundos pertenezcan a distintos propietarios.

b) Indivisibilidad: Las servidumbres son indivisibles, no pueden constituirse por partes. Si el fundo dominante es dividido entre varios copropietarios, cada uno de ellos conserva la servidumbre completa a su favor; lo mismo sucede si el fundo sirviente es dividido.

c) *Vecinitas*: Los fundos tienen que ser vecinos, no necesariamente contiguos.

d) *Utilitas*: Es preciso que el fundo dominante obtenga un beneficio de la servidumbre, de lo contrario esta no se justificaría.

e) *Servitus in faciendo consistere nequit*: La servidumbre no puede consistir en un hacer por parte del dueño del fundo gravado, sino en abstenerse o soportar que otro haga.

f) Servitus servitutis esse non potest: Al decir de Arias Ramos, la regla así formulada en el Digesto, significando que no puede constituirse una servidumbre sobre otra, sino siempre sobre una cosa, resulta poco comprensible, y se cree que es el resultado de una interpolación. La verdad es que en el Derecho clásico la regla era: *fructus servitutis esse non potest*, lo cual significaba que no podía constituirse usufructo de una servidumbre.

g) Inalienabilidad: La servidumbre no puede enajenarse por separado, es inherente al fundo que la disfruta.

Principales servidumbres rústicas

a) Servidumbres de paso

- *Iter:* Derecho a atravesar el fundo sirviente a pie, a caballo o en litera.
- *Actus:* Permite el tránsito de ganado y carros.

- *Via:* Era un derecho más amplio que los anteriores, pues permitía pasar y transportar cargas de piedra, materiales de construcción, etc.

b) Servidumbres de agua
- *Aquaeductus:* Derecho de hacer pasar una corriente de agua por el fundo sirviente.
- *Aquae haustus:* Derecho a sacar agua del fundo sirviente.

c) Otras servidumbres rústicas

Entre otras, se pueden mencionar la que otorgaba la facultad de llevar el ganado a abrevar o a pastar en el fundo sirviente, la que concedía el derecho de extraer materiales del fundo gravado, etc.

Principales servidumbres urbanas
- *Stillicidii:* Concedía el derecho de hacer descargar las aguas de lluvia en el predio sirviente.
- *Cloacae:* Facultad de hacer pasar tuberías de desagüe a través del fundo sirviente.
- *Tigni immitendi:* Introducir vigas en la pared ajena.
- *Oneris ferendi:* Apoyar una construcción en muro o columna del vecino. Esta servidumbre excepcionalmente comportaba una actividad positiva para el propietario del fundo sirviente, que era la de mantener el muro o columna en buen estado.
- *Altius non tollendi:* Derecho a que el vecino no levante la propia construcción más allá de una altura determinada.
- *Ne luminibus officiatur:* Prohibición de obras que disminuyan o entorpezcan la entrada de la luz.

Constitución de las servidumbres

En el Derecho antiguo las servidumbres se constituían por medio de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, según que se tratase de servidumbres rústicas o de servidumbres urbanas. En el Derecho justinianeo, abolidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, las servidumbres se constituían por acuerdo entre las partes, por adjudicación, por prescripción adquisitiva (*usucapio*) y por disposición de la ley.

Extinción de las servidumbres

Las servidumbres prediales podían extinguirse por diversas causas, entre otras:

a) Por destrucción del fundo dominante o del fundo sirviente.

b) Por renuncia del titular.

c) Por falta de uso de la servidumbre, vale decir, prescripción extintiva.

d) Por confusión, o sea, cuando se confunden en una misma persona las cualidades de dueño del fundo dominante y dueño del fundo sirviente.

Defensa de la servidumbre

El propietario del fundo dominante tenía a su favor la *actio confesoria*. Este podía ejercitarla contra el propietario del fundo sirviente o contra cualquier poseedor o detentador que pretendiese impedirle el ejercicio de la servidumbre.

2. SERVIDUMBRES PERSONALES

Las servidumbres personales se constituían en favor de una persona. Es por ello que presentan características diferentes a las prediales:

a) Por lo general son vitalicias y temporales, se extinguen con la muerte del beneficiario.
b) Tienen un contenido más amplio que las prediales, o sea, gravan más fuertemente el derecho de propiedad, aunque su duración es limitada.

En el Derecho justinianeo las servidumbres personales son figuras típicas y se reducen a cuatro: el usufructo, el uso, la habitación y las obras de los esclavos y animales ajenos (*operae servorum et animalium*).

EL USUFRUCTO

Es el derecho de usar y disfrutar una cosa ajena, dejando a salvo la sustancia, es decir, sin alterar el destino económico del objeto.

El titular del derecho de usufructo recibe el nombre de *usufructuario* y el constituyente del usufructo se denomina *nudo propietario*.

Facultades del usufructuario

a) El usufructuario puede usar la cosa y adquirir los frutos. Los frutos naturales los adquiere por percepción, no por separación; los frutos pendientes, separados pero aun no percibidos, pertenecen al nudo propietario; los frutos civiles los adquiere día por día, se hayan cobrado o no.
b) Si el usufructo es de rebaños, el usufructuario debe sustituir con las nacidas las cabezas matadas por él.
c) El usufructo de esclavos da derecho al trabajo del esclavo, pero no a sus hijos.
d) El usufructo de un fundo prohíbe cortar los árboles, salvo que se trate de un monte tallar.

e) Los productos de las minas ya abiertas pertenecen al usufructuario, pero este no tiene derecho a explotar nuevas minas.

Obligaciones del usufructuario

a) Usar la cosa como un buen *paterfamilias* y restituirla al término del usufructo.
b) Cubrir los gastos necesarios para la conservación de la cosa usufructuada.
c) Responder por el deterioro de la cosa hasta por culpa leve.
d) El pretor obligó al usufructuario a prestar la *cautio usufructuaria* para asegurar el buen uso del objeto y la restitución al término del usufructo, negándole cualquier medio judicial para entrar en ejercicio del usufructo hasta tanto no prestase la caución.

Facultades del nudo propietario

a) Disponer libremente de la cosa usufructuada.
b) Puede constituir servidumbres, pero sin limitar el derecho del usufructuario.
c) Promover acciones posesorias contra terceros.
d) Ejercer un derecho de crédito contra el usufructuario, basado en la caución usufructuaria.

Constitución del usufructo

El usufructo se constituía de manera semejante a las demás servidumbres. La forma más frecuente de constitución era el legado, aunque también podía constituirse mediante la *in iure cessio*.

En el Derecho justinianeo podía adquirirse por usucapión y en los últimos tiempos existió el usufructo legal, por ejemplo, el del marido sobre los bienes de la dote.

Extinción del usufructo

Según Camus, los principales medios de extinción del usufructo eran los siguientes:

a) Muerte o *capitis deminutio* del usufructuario, ya que el usufructo era intransferible.
b) Por consolidación, que es el mismo caso de confusión en las servidumbres prediales.
c) Por desuso durante largo tiempo.
d) Por renuncia a favor del propietario.
e) Por vencer el término o condición resolutoria fijados al constituirse el usufructo.

EL CUASIUSUFRUCTO

El usufructo al principio no podía recaer sino sobre cosas inconsumibles. Sin embargo, un senadoconsulto en la época imperial permitió el usufructo de cosas consumibles, comprometiéndose el usufructuario mediante caución a restituir las mimas cosas en cantidad y calidad o pagar su valor al término del usufructo. Esto fue lo que se denominó *quasi usufructus*.

EL USO

El uso o usus es el derecho de usar una cosa, sin percibir su renta. Quien obtiene el uso de una cosa puede servirse de ella y al principio solo se permitía consumir los frutos para satisfacer necesidades personales, pero no podía ceder el uso a nadie por ningún título. Más tarde se admitió que el usuario pudiera compartir la cosa con sus familiares, amigos e incluso huéspedes, pero siempre gratuitamente.

Al uso se le aplican las mismas reglas del usufructo, sobre todo en cuanto a la diligencia de un buen padre de familia y la caución.

LA HABITACIÓN

Es una modalidad del uso que consiste en el derecho a habitar una casa. Se diferencia del uso en que el usufructuario de una casa podía habitarla o cederla gratuitamente, mientras que el titular de la *habitatio* tenía derecho a arrendar la casa, pero no podía cederla gratuitamente.

OPERAE SERVORUM ET ANIMALIUM

El trabajo de los esclavos o animales ajenos otorga el derecho a servirse del trabajo de un esclavo o de un animal. Solía atribuirse a título de legado. El titular podía servirse del trabajo del esclavo o del animal directamente o alquilándolo; también lo podía ceder gratuitamente.

LA ENFITEUSIS

Bonfante define la enfiteusis como un derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye el pleno goce de un fundo con la obligación de no deteriorarlo y de pagar un canon anual.

El enfiteuta podía, durante el tiempo que durara su derecho, constituir servidumbres o hipotecas; igualmente podía dejar el fundo en usufructo o en sub+enfiteusis.

El enfiteuta debía pagar anualmente una pensión o canon, el cual era invariable, cualquiera que fuese la disminución del fundo enfitéutico. Asimismo, estaba en la obligación de notificar al propietario la enajenación que hiciera de su derecho.

LA SUPERFICIE

El maestro Bonfante define la superficie como un derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye el pleno goce de un edificio o de parte de un edificio.

Es un derecho paralelo a la enfiteusis, pero referido a los fundos urbanos. El superficiario no tiene límites ni obligaciones hacia el propietario, por lo cual su derecho es más absoluto que el del enfiteuta. La pensión anual que debía pagar el superficiario recibía el nombre de *solarium*.

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Como su nombre lo indica, los derechos reales de garantía aseguran el cumplimento de una obligación principal, vale decir, son accesorios de otra obligación. Estos derechos no tuvieron en Roma la gran importancia que tienen en la actualidad, ya que los romanos preferían las garantías personales. Ellos utilizaban con mucha frecuencia la fianza o caución, que consistía en colocar al lado del deudor principal, otros deudores o fiadores que se comprometían igualmente al pago de la deuda.

Los derechos reales de garantía son la prenda o *pignus* y la hipoteca. Pero antes de entrar en el estudio de los mismos es preciso referirse a una figura estrechamente relacionada con ellos, que es la *fiducia*, antecedente de la prenda.

LA *FIDUCIA*

Es un negocio por medio del cual el deudor enajenaba una cosa al acreedor, por *mancipatio* o *in iure cessio*, y el acreedor se comprometía a devolver la cosa recibida una vez que la obligación hubiese sido satisfecha, mediante un pacto que se llamaba *pactum fiduciae*. De este pacto nacía a favor del deudor una acción personal, llamada *actio fiduciae*.

Como puede apreciarse, la *fiducia* proporcionaba una ventaja desproporcionada al acreedor, por cuanto le otorgaba la propiedad de la cosa dada en garantía, con todas las facultades que la propiedad entraña y si el acreedor vendía el objeto a un tercero, el deudor no podía reclamarlo, porque solo tenía a su favor una acción personal en contra del acreedor.

Debido a estos inconvenientes de la *fiducia* se creó posteriormente la prenda o *pignus*, con la cual no se transmitía la propiedad de la cosa, sino solamente la posesión de la misma.

LA PRENDA

La prenda confería al acreedor pignoraticio la facultad de retener la cosa pignorada en su poder hasta tanto se pagara la deuda. A la constitución del *pignus* se acompañaba generalmente un pacto (*pactum*

distrahendi), que confería al acreedor la facultad de vender el objeto pignorado para cobrase con el precio. Este pacto con el tiempo pasó a ser elemento esencial de la prenda, por lo cual se consideraba sobrentendido.

Sin embargo, todavía la prenda presentaba algunos inconvenientes para el deudor, sobre todo cuando se trataba de arrendamiento de fundos rústicos, que era donde más se usaba. En estos casos, el arrendatario necesitado de dinero para trabajar, tenía únicamente como garantía para ofrecer sus útiles o instrumentos de trabajo y si los daba en prenda no podía producir para pagar la obligación. Fue por ello que surgió más tarde la hipoteca, como una variedad de la prenda, como una prenda sin desplazamiento de posesión.

LA HIPOTECA

La hipoteca surge, como se ha dicho, como una variedad de la prenda, en la cual el traspaso de la posesión por parte del deudor al acreedor no se verifica en el momento de constituirse el derecho real, sino cuando la deuda hubiera sido incumplida.

La hipoteca, por tanto, no presenta en Roma las mismas diferencias que actualmente tiene con respecto a la prenda, sino que es una modalidad de la misma donde se difiere la entrega del objeto hipotecado.

Ahora bien, incumplida la deuda, ¿cómo lograba el acreedor obtener la posesión del bien hipotecado? El pretor concedía al acreedor un interdicto, llamado *interdictum salviano*, que lo autorizaba para obtener la posesión de la cosa, tanto del deudor como de sus herederos.

El acreedor pignoraticio, puesto en posesión del objeto hipotecado, podía hacer uso de los interdictos posesorios contra terceros, ya que, como se explicó anteriormente, es uno de los casos anómalos de posesión.

No obstante, la posición del acreedor hipotecario fue reforzada posteriormente cuando otro pretor le concedió una acción real, la *actio serviana*, mediante la cual podía perseguir la cosa hipotecada en manos de quien esté.

Cosas que pueden ser objeto de la prenda y de la hipoteca

Objeto de penda y de hipoteca en Roma podían ser todas las cosas dentro del comercio, cosas singulares o conjuntos de cosas como, por ejemplo, un rebaño; derechos reales o de crédito; cosas futuras, como una cosecha; un patrimonio entero, etc.

Constitución de la prenda y de la hipoteca

La prenda y la hipoteca podían constituirse:

a) Por convenio entre las partes.
b) Por adjudicación, es decir, por sentencia judicial.
c) Por una disposición *mortis causa*, como el testamento o el legado.
d) Por disposición de la ley.

Facultades del acreedor prendario e hipotecario

En un principio, el acreedor pignoraticio solo tenía derecho a retener la cosa pignorada hasta que se le pagase la deuda, pero cuando el derecho prendario e hipotecario quedó perfectamente configurado, se podían establecer los siguientes pactos:

- Pacto de anticresis: Por medio de este pacto el deudor autorizaba al acreedor a apropiarse de los frutos de la cosa y aplicarlos al pago de los intereses del crédito.
- Pacto comisorio o *lex commissoria:* En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor se convertía automáticamente en dueño del objeto pignorado o hipotecado. Este pacto fue prohibido por el emperador Constantino.
- *Ius vendendi o distrahendi:* Este era un pacto adicional mediante el cual se autorizaba al acreedor a vender la cosa pignorada para cobrarse con el precio, pero más tarde se hizo consustancial con la prenda. Si el precio del objeto era superior al crédito, el acreedor debía devolver el exceso al deudor o al constituyente de la prenda; ese exceso se llamaba *hyperocha*.
- *Impetratio domino:* Si el acreedor pignoraticio no encontraba comprador, podía dirigirse al emperador, pidiéndole la asignación de la cosa gravada en propiedad. Esto ocurría luego de transcurridos dos años desde la constitución del *pignus*.

Pluralidad de hipotecas

Como quiera que la prenda requería el traslado de la posesión de la cosa al acreedor prendario, no podían constituirse varios derechos de prenda a favor de varios acreedores por créditos diferentes, pero sí podían constituirse varias hipotecas sobre un mismo objeto, respaldando diversas obligaciones.

En este caso, cuando se constituían varias hipotecas sobre un mismo objeto se establecía un orden de prioridad entre los diferentes acreedores. El acreedor cuya hipoteca fuera más antigua ejercitaba el *ius ven-*

dendi y del precio conseguido se iban cobrando los acreedores por orden de antigüedad de sus hipotecas: *prior tempore potior iure* (primero en el tiempo, mejor en derecho).

Cuando un acreedor ocupaba el lugar de otro cuya hipoteca era más antigua, operaba la *sucessio in locum*. Es decir, si un tercero facilitaba al deudor la suma necesaria para pagar su crédito, se constituía a favor de este tercero una nueva hipoteca que ocupaba el lugar de aquella que había sido satisfecha.

El *ius offerendi* era el derecho que tenía un acreedor posterior en grado, de ofrecer a un acreedor de rango preferente la satisfacción de su crédito, para colocarse en mejor posición.

Hipotecas legales y privilegiadas

Estas eran hipotecas que aunque de fecha posterior, se hacían efectivas con preferencia a las demás, debido a la naturaleza de los créditos que garantizaban y por disposición de la ley.

Entre estas hipotecas privilegiadas se encontraban las siguientes: la hipoteca del fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes; la de la esposa sobre los bienes del marido para garantizar la devolución de la dote; la del pupilo sobre los bienes del tutor, etc.

Extinción de la prenda y de la hipoteca

Por tratarse de derechos accesorios, la prenda y la hipoteca se extinguen consecuencialmente, siempre que se extinga la obligación principal. También podían extinguirse por destrucción total o parcial del objeto pignorado o hipotecado; por venta de la cosa gravada en ejercicio del *ius vendendi*; por renuncia del acreedor; por confusión; por prescripción, etc.

CAPÍTULO VI

AUTOEVALUATIVO

I. Analice cuidadosamente cada uno de los siguientes planteamientos y responda correctamente la pregunta que se le formula:

1. Marcelo posee un fundo situado cerca de Roma y tiene que efectuar un largo viaje, por lo cual deja a su amigo Virgilio a cargo del fundo. A los 16 meses regresa, pero Vinicio se niega a devolver el fundo. ¿Qué recurso tiene Marcelo contra la negativa de Vinicio?
2. Marco Antonio sustrae 30 vacas de un fundo propiedad de Augusto y las lleva a un fundo de su propiedad. ¿Qué recurso tiene Augusto para recuperar sus animales?
3. Lucas tiene una casa en calidad de secuestratario. Mauricio ocupa la casa de noche aprovechando la ausencia de Lucas y se niega a devolverla alegando que es suya. ¿Qué recurso tiene Lucas para recuperar la casa?
4. Lucio cede a Julián por 20 años el goce de una casa situada en las afueras de Roma, y Julián se obliga a pagar a Lucio un canon anual de 10.000 ases. ¿Qué figura jurídica está presente en este caso?
5. Camilo recibe de Pablo 100.000 ases en calidad de préstamo y para garantizar la obligación le traspasa a Pablo la propiedad de un fundo. Pablo se obliga a devolver el fundo en cuanto Camilo haya pagado la deuda. Se pregunta:
   a) ¿Qué figura jurídica está presente en este caso?
   b) ¿Qué acción tiene Camilo contra Pablo si se niega a devolver el fundo?
6. Andrés recibe de Eduardo 100.000 ases en calidad de préstamo y paga garantizar la obligación le traspasa la posesión de 20 esclavos, autorizándolo a alquilar los esclavos para pagar los intereses de la deuda. ¿Qué figuras jurídicas están presentes en este caso?
7. Claudio recibe de Cósimo 100.000 ases en calidad de préstamo y garantiza la obligación con 100 vacas que Claudio conserva en su poder. Muere Claudio y vencida la deuda sus herederos se niegan a pagar. Se pregunta:
   a) ¿Qué figura jurídica está presente en este caso?
   b) ¿Qué recurso tiene Cósimo para ponerse en posesión de los animales que garantizan la obligación?

8. Agripa cede a Sergio el usufructo de un fundo de su propiedad. Posteriormente Luciano demanda a Sergio exigiéndole que reconozca su derecho a llevar el ganado a beber agua en ese fundo propiedad de Agripa. Se pregunta:
   a) ¿Es Sergio poseedor jurídico o simple detentador? Explique su respuesta.
   b) ¿Qué recurso tiene Luciano para que se reconozca su derecho y en contra de quién?
9. Mario cede a Joaquín por 20 años el goce de una finca situada en las afueras de Roma, y Joaquín se obliga a pagar a Mario un canon anual de 10.000 ases. ¿Qué figura jurídica está presente en este caso?
10. Cayo recibe de Pedro 100.000 ases en calidad de préstamo y paga garantizar la obligación le traspasa a Pedro la posesión de 10 esclavos propiedad de Cayo. Pedro se obliga a devolver los esclavos en cuanto Cayo haya pagado la deuda. Se pregunta:
    a) ¿Qué figura jurídica está presente en este caso?
    b) ¿Qué acción tiene Cayo en contra de Pedro si se niega a devolver los esclavos?

II. Lea los planteamientos que se le presentan a continuación y luego coloque en el paréntesis la letra de la alternativa que corresponde a cada planteamiento:

11. Protegía al propietario-poseedor de una cosa contra molestias o perturbaciones de terceros. ( )
12. Es la toma de posesión *animo domini* de una cosa susceptible de propiedad privada y que no pertenece a nadie. ( )
13. Era la acción utilizada por el dueño del fundo dominante contra todo aquel que le impidiera el uso de la servidumbre. ( )
14. Es un modo de adquirir que se da cuando un obrero o artista transforma una materia prima ajena en un objeto nuevo. ( )
15. Permitía obtener la posesión de la cosa hipotecada de manos de quien esté. ( )
16. Simulaba un litigio acerca de la propiedad de una cosa y servía tanto para las *res mancipi* como para las *res nec mancipi*. ( )
17. Se concedía al acreedor hipotecario para ponerse en posesión de la cosa hipotecada, de manos del deudor o de sus herederos. ( )
18. Amadeo cede a Rafael el goce de un edificio de su propiedad, y Rafael se obliga a pagar un canon anual. ( )
19. Julián traspasa a Pedro la propiedad de un esclavo que ya Pedro tenía en su poder en calidad de depositario. ( )

20. Carlos vende a Ramón una finca que Carlos sigue conservando en su poder pero en calidad de arrendatario. ( )

Alternativas

a) Acción serviana
b) Acción confesoria
c) Acción publiciana
d) Acción negatoria
e) Acción reivindicatoria
f) Interdicto salviano
g) Confusión
h) *In iure cessio*
i) *Mancipatio*
j) *Traditio longa manu*
k) *Traditio brevi manu*
l) *Constitutum possessorium*
m)Superficie
n) Enfiteusis
o) Fiducia
p) Hipoteca
q) Accesión
r) Ocupación
s) Especificación
t) Prenda

III. Complete los siguientes enunciados llenando los espacios en blanco:

21. Las cosas _____ eran las más importantes para la economía romana, como la tierra y los esclavos.
22. Las cosas _____ son las que pueden ser sustituidas por otras del mismo género.
23. Las cosas compuestas _____ constituyen las universalidades de cosas, donde cada uno de sus componentes conserva su material independencia como, por ejemplo, un rebaño o una biblioteca.
24. Hay posesión _____ cuando existe la convicción de que se tiene un derecho legítimo sobre la cosa poseída.
25. Los interdictos _____ se utilizaban para sostener a alguien en una posesión en la cual se le perturba.
26. El interdicto _____ se utilizaba para defender la posesión de bienes mueble contra perturbaciones causadas a una posesión justa.
27. La posesión de cosas incorporales es conocida como _____.
28. La propiedad romana era _____, es decir, exenta de contribución territorial.
29. La propiedad _____ fue la única reconocida por los romanos en los primeros tiempos.
30. La propiedad _____ se da cuando el poseedor de buena fe no ha cumplido con los requisitos necesarios para adquirir el dominio quiritario de la cosa.

CAPÍTULO VII

DERECHO DE OBLIGACIONES

GENERALIDADES

Ha quedado establecido que los derechos patrimoniales pueden ser de dos tipos: derechos reales y derechos de crédito. Hasta ahora han sido suficientemente estudiados los derechos reales, queda aun por analizar la parte relativa a los derechos de crédito, conocidos generalmente como obligaciones.

La teoría de las obligaciones fue la obra máxima del genio jurídico romano, hasta tal punto que las soluciones por ellos creadas en esta materia constituyen el sustrato común de casi todas las legislaciones modernas en lo que a obligaciones se refiere. Es por ello que para el estudioso del Derecho, la concepción romana de las obligaciones ofrece particular interés, para conocer los principios fundamentales que han sido acogidos por las legislaciones actuales.

LA OBLIGACIÓN

Es de todos conocida la definición que las *Institutas* de Justiniano contienen sobre la obligación, la cual recuerda la gran mayoría de los estudiosos del Derecho romano en su idioma original: "Obligatio est iuris vinculum quo necesítate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura". Esta definición se traduce de la manera siguiente: "La obligación es un vínculo jurídico por el cual somos constreñidos en la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad".

En la citada definición la expresión "pagar alguna cosa" no debe entenderse en sentido literal como la entrega de una cosa, sino en el sentido genérico, como prestación, es decir, como sinónimo de cumplimiento de la obligación.

Etimológicamente la palabra *obligatio* deriva de la conjunción de las voces *ob* y *ligare*, que significa atar, amarrar, sujetar.

Como lo afirma Camus, el origen de la *obligatio* se encuentra en el delito, en la responsabilidad penal *ex delicto*. El infractor, al principio estuvo expuesto a la venganza del lesionado; después surge la pena del talión, para

luego llegar a la *compositio*, voluntaria primero y necesaria con posterioridad, al intervenir el Estado. De acuerdo con lo expresado por el citado autor, en la Ley de las XII Tablas se pueden encontrar delineadas estas frases del Derecho penal. Como la composición supone el pago de una indemnización pecuniaria, si esta se hacía efectiva enseguida, no había lugar al planteamiento de una cuestión de crédito, pero si la cuantía penal fijada no se podía realizar inmediatamente, era indispensable recurrir a un procedimiento que garantizara plenamente los derechos del acreedor. Casi unánimemente los romanistas ponen sus ojos en el *nexum*, como modo de restablecer un régimen jurídico de garantía personal.

Lo cierto es que en la fase primitiva del Derecho romano, la simple deuda o *debitum* no era una obligación estrictamente hablando, porque el deber de cumplir la prestación no estaba sancionado en la ley. Esto hizo que apareciera una figura llamada *nexum*, que fue el más antiguo negocio creador de un obligación.

Por medio del *nexum*, el deudor u otra persona en su lugar, se convertía en rehén del acreedor hasta que se cumpliese la obligación. El préstamo de dinero o mutuo, por sí solo no bastaba para crear una obligación jurídicamente hablando, de allí que se recurriera al *nexum* para obligar al deudor a cumplir la prestación.

Esta situación duró hasta el año 326 a.C., cuando una Ley *Poetelia Papiria* estableció que el deudor solo debía responder con sus bienes y no con su cuerpo. A partir de esta ley, la *obligatio* pierde su carácter de vínculo físico y se convierte en un verdadero vínculo jurídico.

El *debitum* y la *obligatio*, por tanto, se consideraban dos relaciones distintas, basadas en causas diferentes: el *debitum* tenía por causa el mutuo y la *obligatio* se establecía por medio del *nexum*.

Posteriormente, cuando se llega a admitir que ciertos contratos, específicamente los contratos consensuales, produjesen al mismo tiempo *debitum* y *obligatio*, los dos conceptos se fundieron en uno solo.

ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

En toda obligación están siempre presentes los siguientes elementos:

- **Los sujetos**
  a) Un sujeto activo llamado acreedor (*creditor*), que es la persona física o jurídica a favor de la cual existe el derecho de crédito y quien tiene la facultad o derecho subjetivo de exigir del deudor el cumplimiento de la obligación.

b) Un sujeto pasivo o deudor (*debitor*), que es la persona física o jurídica obligada al cumplimiento de la prestación a favor del acreedor.

- **El vínculo jurídico**

Como dice Hurtado Olivero, el vínculo jurídico es lo que permite distinguir la obligación de otras relaciones no jurídicas que pueden establecerse entre los particulares, ya que autorizan en unos casos al acreedor a constreñir al deudor al cumplimiento de la prestación mediante una acción, y en otros los faculta simplemente para retener por medio de una excepción lo que el deudor le ha entregado voluntariamente.

- **El objeto de la obligación**

Es la prestación que el deudor debe realizar en beneficio del acreedor. Para los romanos la obligación podía tener un triple objeto, a saber:

a) *Dare*: Consiste en transferir la propiedad de una cosa o constituir sobre ella un derecho real. El caso típico del *dare* se presenta en el contrato de mutuo o préstamo de consumo, que es el único de los contratos reales que transmite la propiedad de la cosa que el mutuante entrega al mutuario. Otro ejemplo del *dare* se presenta cuando se constituye un derecho de usufructo sobre una cosa determinada, puesto que el usufructo es un derecho real sobre una cosa ajena.

b) *Praestare*: Comprende la obligación de entregar una cosa para su uso y disfrute, pero sin constituir un derecho real sobre ella como, por ejemplo, dar una cosa en depósito o comodato. Se utilizaba también para expresar las prestaciones de carácter accesorio, como el resarcimiento de daños y perjuicios.

c) *Facere o non facere*: Consiste en el acto positivo o negativo del deudor, es decir, cuando el deudor se compromete a hacer o dejar de hacer alguna cosa, que no sea la entrega de un objeto ni la constitución de un derecho real; por ejemplo, hacer un mueble, pintar un cuadro, no construir en determinando sitio, etc.

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN LA EFICACIA DEL VÍNCULO

1. OBLIGACIONES DE DERECHO ESTRICTO Y OBLIGACIONES DE BUENA FE

Las obligaciones de Derecho estricto eran aquellas que contenían todo el formalismo y la rigidez del Derecho quiritario, vale decir, del antiguo Derecho romano. En ellas el juez se encontraba muy limitado, ya que

debía atenerse estrictamente a lo convenido por las partes, sin tomar en cuenta la equidad ni la intención de los contratantes. Casi siempre estas obligaciones derivan de los contratos unilaterales, como el *nexum*, la *stipulatio* y los contratos *litteris*, en los cuales se exigían formas solemnes indispensables para su validez.

Las obligaciones de buena fe surgen posteriormente debido a la influencia ejercida por el Derecho honorario sobre el Derecho civil; son obligaciones basadas en la buena fe y la equidad, en las que el juez puede administrar justicia libremente, sin tener que sujetarse a lo estipulado por las partes, atendiendo siempre a la equidad y la intención de los contratantes.

Como puede apreciarse, entre ambas obligaciones existían notables diferencias que interesan solamente desde el punto de vista romano, puesto que las obligaciones de Derecho estricto no han pasado al Derecho moderno, en el cual todas las obligaciones son de buena fe. Entre esas diferencias merecen señalarse las siguientes:

a) En las obligaciones de buena fe los frutos se deben desde que dichas obligaciones se perfeccionan y los intereses corren como consecuencia de la mora, mientras que en las Derecho estricto los frutos y los intereses se deben a partir de la *litis contestatio*, o sea, de la contestación de la demanda.
b) Las obligaciones de Derecho estricto no podían modificarse mediante pactos, mientras que las de buena fe sí admitían la existencia de pactos que modificaran su consecuencias.
c) Contra una obligación de Derecho estricto no podía oponerse la compensación, en cambio contra una de buena fe sí podía oponerse.
d) En las obligaciones de Derecho estricto no podían invocarse ninguno de los vicios del consentimiento como causa de nulidad, ya que el juez solo atendía al cumplimiento de las formalidades. Por el contrario, en las de buena fe tales vicios podían servir como defensa al deudor para no cumplir la obligación.

2. OBLIGACIONES CIVILES Y OBLIGACIONES NATURALES

Estas distinción es mucho más importante que la anterior por cuanto está consagrada en las legislaciones modernas. Las obligaciones civiles son aquellas que surgen del Derecho positivo, el cual las dota de una acción para que el acreedor pueda exigir del deudor el cumplimiento de la prestación.

Las obligaciones naturales son aquellas que a pesar de ostentar algunas formalidades y basarse en causa suficiente, no están provistas de un

medio coercitivo para obligar al deudor a su cumplimiento, pero el Derecho las protege parcialmente, dotándolas de ciertos efectos secundarios. En otras palabras, en las obligaciones naturales el acreedor no tiene ninguna acción para obligar al deudor, pero si este no cumple, de cualquier modo el Derecho brinda cierta protección al acreedor natural.

Se consideran obligaciones naturales, entre otras, las siguientes:

a) La principal fuente de obligación naturales fue el simple pacto (*nudum pactum*), es decir, el simple convenio entre las partes sin el cumplimiento de las formalidades requeridas por el Derecho civil.
b) Obligaciones contraídas por los esclavos, las cuales solo podían hacerse efectivas si el esclavo era manumitido.
c) Las obligaciones contraídas por los hijos de familia con su padre o con otras personas sometidas a la patria potestad.
d) También constituían obligaciones naturales, al decir de algunos autores, los actos de disposición realizados por el pupilo sin la *auctoritas* del tutor.
e) Las obligaciones que se han extinguido por prescripción.

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Las obligaciones naturales producían los siguientes efectos:

a) El primero y más importante efecto que producían las obligaciones naturales era el conocido como *soluti retentio* (retención del pago), el cual consistía en el derecho que tenía el acreedor natural de retener lo que el deudor había pagado de cualquier modo. En este caso el deudor no puede hacer uso de la *condictio indebiti* (acción propia del pago de lo indebido) aunque el deudor hubiera pagado por error, creyéndose civilmente obligado.
b) El acreedor natural tiene derecho a oponer la compensación cuando sea llevado a juicio para satisfacer una deuda civil, es decir, puede alegar la obligación natural para compensar con ella la obligación civil.
c) La obligación natural puede convertirse en una obligación civil por medio de la novación (modo de extinguir una obligación sustituyéndola por otra nueva).
d) La obligación natural puede ser garantizada civilmente mediante fianza personal o garantía real (prenda o hipoteca).

LAS OBLIGACIONES NATURALES IMPROPIAS

Según el maestro Camus, como además de las normas civiles y las que se inspiran en el Derecho natural, existen otras próximas a ellas, de

carácter moral, religioso o social, lógicamente de estas últimas podrían emanar obligaciones sin sanción jurídica y de naturaleza distinta a las obligaciones naturales.

Es decir, las obligaciones naturales impropias son aquellas basadas en consideraciones de orden moral, religioso o convencionalismos sociales, todas de condición patrimonial y que producen los mismos efectos de las obligaciones naturales de orden jurídico.

A estas categorías de obligaciones pertenecen las siguientes:

a) La obligación de la mujer de constituir una dote sin estar obligada a ello.
b) La obligación de prestar alimentos a determinados parientes, sin estar obligado a ello.
c) La obligación de pagar intereses por un préstamo cuando los mismos no se hubiesen pactado.
d) La obligación del liberto de realizar obras para su patrono.
e) Los gastos ocasionados por las exequias de un familiar.
f) Lo pagado por una madre para redimir a su hijo de la esclavitud.

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN SUS SUJETOS

De acuerdo con los sujetos que intervienen en las obligaciones, estas pueden ofrecer tres modalidades: obligaciones con sujetos fijos o determinados, obligaciones con sujetos variables o ambulatorias y obligaciones con sujeto múltiple o multiplicidad de sujetos.

1. OBLIGACIONES CON SUJETOS FIJOS O DETERMINADOS

Son las que se encuentran ordinariamente en el trafico jurídico mercantil, en las que el vínculo obligacional se forma entre un sujeto activo y otro pasivo, que se encuentran determinados y son los mismos desde que la relación se forma hasta que concluye.

2. OBLIGACIONES CON SUJETO VARIABLE

Son llamadas también *ambulatorias* y en ellas el sujeto activo o el pasivo, o ambos a la vez, no se encuentran individualizados en la oportunidad en que nace la obligación, o bien no son los mismos desde que la relación comienza hasta que se extingue.

Según Camus, los casos más importantes de obligaciones ambulatorias en el Derecho romano son los siguientes:

a) El caso de la servidumbre *oneris ferendi*, que obliga al propietario del fundo sirviente a tener en buen estado la pared en la cual se apoya la

construcción del vecino. Esta obligación le incumbe a quien en un momento dado fuera propietario del fundo sirviente, a favor de quien sea propietario del fundo dominante, que es el acreedor.

b) La obligación de pagar el daño ocasionado por un esclavo o un animal.

c) La obligación de pagar el impuesto vencido, el canon en la enfiteusis y el *solarium* en la superficie.

d) La *actio aquae pluviae arcendae* y la *actio quod metus causa*. La primera se ejercía contra el propietario del fundo en el que se habían realizado obras alterando el curso de las aguas de lluvia, en perjuicio del predio vecino; y la segunda, en el caso del negocio viciado de violencia se ejercía contra el poseedor de la cosa, aunque el mismo no fuese el autor de la violencia.

3. OBLIGACIONES CON SUJETO MÚLTIPLE O PLURALIDAD DE SUJETOS

Esta multiplicidad de sujetos puede estar presente al nacer la obligación o después. Dentro de esta categoría es posible encontrar los siguientes tipos de obligaciones: obligaciones mancomunadas, parciales o a prorrata y obligaciones solidarias o correales.

3.1. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS, PARCIALES O A PRORRATA

Son aquellas en las cuales existe pluralidad de sujetos y cada uno de ellos se encuentra en lo que respecta a los otros en una situación de independencia, de manera que cada acreedor tiene derecho a exigir solo su parte de la prestación y cada deudor se halla obligado solo respecto de una cuota parte de la obligación.

Un ejemplo contribuirá a aclarar bastante la comprensión de las obligaciones mancomunadas: Pedro y Luis son acreedores de Juan por 100 y en partes iguales, Juan deberá pagarle 50 a cada uno de sus acreedores y estos solo podrían demandarlo por la parte que a cada uno corresponde. En este caso la mancomunidad es activa, puesto que existen varios acreedores y un solo deudor.

Es importante destacar que el efecto más importante de las obligaciones mancomunadas es la independencia entre los sujetos, vale decir, que cada uno tiene derecho o se halla obligado solo por la parte que le corresponde.

3.2. OBLIGACIONES SOLIDARIAS O CORREALES

Al decir de Luis René Viso, son aquellas en que existiendo pluralidad de acreedores o deudores, cualquiera de aquellos puede en

virtud de una cláusula del acto que le dio origen o de una disposición de la ley, exigir de cualquiera de los últimos el cumplimiento íntegro de la prestación.

La relación de estas obligaciones se establece entre varios acreedores o deudores que individualmente pueden exigir o deben cumplir la totalidad de la prestación. El pago de la deuda efectuado por uno de los deudores o el cobro efectuado por uno de los acreedores extingue el vínculo obligacional.

La solidaridad puede ser de tres tipos:

- **Activa:** Varios acreedores y un solo deudor.
- **Pasiva:** Varios deudores y un solo acreedor.
- **Mixta:** varios deudores y varios acreedores.

La solidaridad no se supone, tiene que estar establecida expresamente y puede ser:

a) **Contractual:** La forma más usual de crear una obligación solidaria es mediante acuerdo entre las partes y por ello era muy frecuente que los romanos recurriesen a la *stipulatio*, haciendo prometer a varias personas la misma prestación a favor de uno o más acreedores.
b) **Testamentaria:** Podía ser fuente de solidaridad activa si el testador ordenaba un legado a favor de varios legatarios, o pasiva cuando imponía la misma obligación a varios herederos.
c) **Legal:** Es legal la correalidad que se produce en la reparación del daño causado por varios autores en la comisión de un delito; también en el caso de los cotutores, cocuradores y cofiadores.
d) **Judicial:** Como forma de resolver un litigio el juez puede, por ejemplo, adjudicar la propiedad de un inmueble a uno de los copropietarios, creando una obligación solidaria a favor de los otros copropietarios.

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

a) El acreedor tenía contra cada deudor solidario todos los derechos que tendría si se tratase de un deudor único. De modo tal que el pago realizado por uno de los deudores extinguía la obligación, es decir, los demás deudores quedaban liberados. Ahora bien, si la causa de extinción de la obligación no atañe a la prestación misma sino a la persona de uno de los deudores (como, por ejemplo, la *capitis deminutio* o la confusión), los demás deudores seguían obligados.
b) El efecto más importante a destacar con respecto a las obligaciones solidarias es lo que la doctrina moderna ha denominado *derecho o acción de regreso*, el cual se explica de la manera siguiente:

Verificado el pago por uno de los deudores o recibido el mismo por uno de los acreedores solidarios, se presenta el problema del derecho que compete al deudor que ha pagado la totalidad de la prestación para reclamar a los otros codeudores el reembolso de la parte que a cada uno de ellos toca de la deuda, así como el derecho que corresponde a los coacreedores que no han cobrado para reclamar al acreedor que ha recibido la totalidad del pago. Este derecho o acción de regreso no estuvo muy bien delineado en Roma, de tal manera que muchas veces no tenían acción para reclamar lo que en Derecho le pertenecía.

En los primeros tiempos, esto solo se lograba cuando entre los codeudores o coacreedores mediaba una relación interna, ajena a la correalidad. Por ejemplo, si eran socios podían utilizar la acción propia de la sociedad (la *actio pro socio*) para obtener la satisfacción de su derecho; también, si había obrado en calidad de mandatario tenía la *actio mandati contraria* para obrar en contra de sus mandantes.

Es por ello que en los casos en que no existía otra relación entre los sujetos, se fueron creando varios remedios, como el *beneficio de cesión de acciones*, según el cual el deudor que ha pagado puede exigirle al acreedor la cesión de su derecho de crédito para obrar en contra de sus codeudores.

También puede citarse el *beneficio de división*, introducido por Adriano, en favor del fiador, obligado conjuntamente con otros fiadores para dividir la acción entre todos los fiadores solventes y presentes.

Como puede verse, estos remedios favorecían únicamente la solidaridad pasiva, hasta que en el Derecho justinianeo se perfeccionó la acción de regreso para toda obligación solidaria.

c) En caso de mora o culpa, la situación es diferente en las obligaciones solidarias. El atraso en el pago de un deudor no extraña responsabilidad para los demás codeudores: a cada quien le perjudica su mora. Por el contrario, la culpa de uno de los codeudores afectaba a todos los demás.

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN SU OBJETO

Como se ha dicho, el objeto de la obligación es la prestación que se debe al acreedor. Este objeto debe ser posible, lícito, determinado o determinable y debe ofrecer un interés para el acreedor apreciable en dinero.

De acuerdo con su objeto las obligaciones pueden ser: obligaciones genéricas y específicas, conjuntivas y alternativas y divisibles e indivisibles.

1. OBLIGACIONES GENÉRICAS Y ESPECÍFICAS:

Genéricas son las obligaciones que recaen sobre objetos no determinados individualmente, sino tan solo por el género al cual pertenecen; por ejemplo, la obligación de entregar un caballo, un esclavo, 100 sacos de arroz, etc.

Específicas son aquellas cuyo objeto se encuentra determinado de modo inconfundible, indicando sus cualidades específicas, verbigracia, la obligación de entregar al esclavo Tiberio, el fundo "La Esperanza" o el caballo Calistrato.

Es preciso distinguir la obligación simplemente genérica de la obligación genérica delimitada, en la que se delimita el género, por ejemplo, si alguien se compromete a entregar un esclavo varón de 20 años, está delimitado el género, porque no se trata de un esclavo cualquiera, sino de uno con las cualidades indicadas.

En las obligaciones genéricas el riego lo soporta siempre el deudor, debido al principio de que el género nunca perece. Por el contrario, en las específicas el riesgo lo soporta el acreedor; por ejemplo, si el deudor se ha comprometido a entregar el esclavo Tiberio y este perece por caso fortuito, el deudor queda liberado.

Con respecto a la elección dentro del género, le corresponde en principio al deudor, pero puede incumbir al acreedor o a un tercero, cuando así se haya convenido expresamente.

En cuanto a la calidad de la cosa que se debe entregar, se establece que el deudor no puede pretender escoger la cosa de menor valor dentro del género, ni el acreedor puede pretender la de mayor valor.

2. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS Y ALTERNATIVAS

Las obligaciones conjuntivas son las que recaen sobre varios objetos y todos debe ser entregados al acreedor. En las obligaciones alternativas el deudor debe cumplir una sola prestación entre dos o más señaladas.

En las obligaciones conjuntivas la pérdida fortuita de una de las cosas no extingue la obligación respecto de las otras.

En las alternativas lo más importante es determinar a quién corresponde el derecho de elección. Este corresponde en principio al deudor, a menos que se haya estipulado que corresponda al acreedor o a un tercero.

Si la elección corresponde al deudor, este tiene la facultad de cambiar de opinión (*ius variandi*) hasta el momento del pago definitivo. Si corresponde al acreedor puede modificar su elección hasta la *litis contestatio*; el tercero no puede modificar su elección.

En las obligaciones alternativas, si una de las cosas parece por caso fortuito, el deudor debe cumplir con la entrega de la otra, sea la elección del deudor o del acreedor. Si perece por culpa del deudor y a él le compete la elección, debe cumplir con la otra, pero si la elección la tiene el acreedor, este puede exigir la prestación que queda o el valor de la cosa perdida, ya que ha sido privado de su derecho de elección.

3. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

La obligación es divisible o indivisible según pueda ser objeto o no de cumplimiento parcial. Por ejemplo, es indivisible la obligación de pintar un cuadro o de entregar una estatua. Sin embargo, existen hechos de naturaleza genérica susceptibles de considerarse cuantitativamente y por tanto divisibles, por ejemplo, la obligación de elaborar un cierto número de cosas fungibles, como el zapatero que se compromete a elaborar 100 pares de zapatos.

La indivisibilidad producía los siguientes efectos:

a) Cuando concurren un solo acreedor y un solo deudor no hay problema, puesto que el acreedor no puede ser obligado a recibir un pago parcial, ni el deudor puede pretender cumplir por partes la prestación.
b) Si son varios acreedores, cualquiera de ellos puede perseguir al deudor por la totalidad.
c) Si son varios deudores y un solo acreedor, este puede perseguir a cualquiera de los deudores por la totalidad de la prestación.
d) Si la obligación se traduce en indemnización por incumplimiento, se hace divisible, pues los daños se pagan en dinero.
e) Cada deudor responde de su propia culpa.

Diferencias entre las obligaciones indivisibles y las solidarias

Las obligaciones indivisibles y las solidarias se diferencias en que:

a) En las obligaciones indivisibles el deudor debe cumplir con la totalidad de la prestación por una circunstancia de hecho (la indivisibilidad del objeto), mientras que en las solidarias la imposibilidad de cumplimiento parcial deriva de una razón de Derecho (contrato, testamento o ley).
b) En las indivisibles, cuando uno de los deudores es demandado por la totalidad de la prestación, puede exigir del acreedor una prórroga para vincular al litigio a sus codeudores, lo cual no sucede en las obligaciones solidarias.

CAPÍTULO VII

AUTOEVALUATIVO

I. Encierre en un círculo la letra que contiene la respuesta correcta:

1. En estas obligaciones el deudor debe cumplir con la totalidad de la prestación por una circunstancia de hecho:
   a) solidarias
   b) indivisibles
   c) mancomunadas
   d) divisibles
   e) alternativas

2. Fue el negocio jurídico más antiguo creador de una obligación:
   a) *stipulatio*
   b) *sponsio*
   c) *nexum*
   d) *nomina transcriptitia*
   e) *chirographa*

3. Pompeyo y Craso son acreedores de Julio por 100 sestercios y en partes iguales. Julio debe pagar 50 a cada uno de sus acreedores y éstos solo podrían demandarlo por la parte que a cada uno corresponde. Esta obligación es
   a) solidaria
   b) ambulatoria
   c) mancomunada
   d) indivisible
   e) alternativa

4. Cayo y César rompen intencionalmente la cerca de la finca de Augusto. Este vende la finca a Tiberio, el cual demanda a los primeros por los daños causados. Esta obligación es:
   a) indivisible
   b) alternativa
   c) conjuntiva
   d) ambulatoria

5. La obligación del liberto de realizar obras para su patrono es una obligación:
   a) natural impropia
   b) solidaria
   c) natural
   d) de derecho estricto

6. El testamento podía ser fuente de:
   a) solidaridad pasiva únicamente
   b) solidaridad activa únicamente
   c) solidaridad activa y pasiva
   d) ninguna de las dos

II. Complete los siguientes enunciados, llenando los espacios que aparecen en blanco:

7. En las obligaciones genéricas el riesgo lo soporta siempre _____ _____.
8. Según Camus, el origen de la obligación se encuentra en _____ _____.
9. En el año 326 a.C., la ley _____ estableció que el deudor sólo debía responder con sus bienes y no con su cuerpo.
10. *Praestare* significa la obligación de entregar una cosa para su uso y disfrute, pero sin constituir un _____ sobre ella.
11. Contra una obligación de Derecho estricto no podía oponerse _____ _____, en cambio contra una de buena fe sí podía oponerse.
12. El efecto más importante de las obligaciones solidarias es lo que la doctrina moderna ha denominado _____.

CAPÍTULO VIII

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

CONCEPTO E IMPORTANCIA

Al decir de Bonfante, las fuentes de las obligaciones, o con términos romanos *causae obligationum*, son los hechos jurídicos de donde puede derivarse una relación obligatoria.

Como bien lo afirma Bonfante, los romanos no hablaban de fuentes de las obligaciones, sino de *causae obligationum* y es de suma importancia destacar cuáles son los hechos de la voluntad humana que dan origen a las obligaciones.

Las fuentes de las obligaciones eran muy pocas en el Derecho romano antiguo, pero se fueron estructurando paulatinamente, hasta quedar definitivamente fijadas en las instituciones de Justiniano.

El jurisconsulto Gayo indicaba en sus "instituciones" que las fuentes de las obligaciones eran dos: el contrato y el delito, o sea, que según Gayo una persona es deudora de otra bien porque así lo han convenido de mutuo acuerdo, o bien porque la primera ha realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar.

Sin embargo, como lo afirma Arias Ramos, el mismo Gayo tuvo que admitir en otra de sus obras –*Res cottidianae*– que esa clasificación es insuficiente, por cuanto hay una porción de causas generadoras de obligaciones que no son contrato ni delito, a las cuales Gayo denominaba *variae causarum figurae*.

Finalmente, en las instituciones de Justiniano aparece una cuádruple división de las fuentes, duramente criticada por los civilistas modernos, pero que fue acogida por muchos códigos civiles, incluyendo el Código Civil italiano de 1865; esta división es la tradicionalmente conocida de contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

EL CONTRATO. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El contrato puede definirse según Bonfante como "el acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la Ley".

En Roma no todo acuerdo de voluntades era considerado como un contrato, únicamente tenían tal carácter aquellas relaciones a las cuales el ordenamiento jurídico les imprimía el efecto de engendrar obligaciones civilmente exigibles, es decir, las dotadas de una *actio*.

Para designar el mero acuerdo de voluntades utilizaban las palabras *pactum, conventio, consensus*, etc., acuerdo que distinguían perfectamente del *contractus*, contrariamente a lo que sucede hoy en día en que convenio y contrato son expresiones sinónimas.

Para que nazca la obligación se requiere además del convenio, la existencia de cusas civiles, las cuales podían ser:

- El cumplimiento de una formalidad especial, verbal o escrita.
- La entrega de una cosa.

Fue muy tarde en el desarrollo del Derecho romano, cuando se llegó a admitir que el simple acuerdo de voluntades sería suficiente para engendrar una obligación y fue cuando aparecieron los llamados contratos consensuales, que serán analizados más adelante.

Los romanos, como ya se ha dicho, muy poco dados a teorizar, no hicieron una teoría del contrato, sino que en su devenir histórico elaboraron una lista de contratos cuya evolución se verá seguidamente.

El primer contrato conocido por los romanos fue el *nexum*, que como se dijo anteriormente, fue el negocio jurídico más antiguo creador de una obligación. El *nexum* era un contrato solemne, contentivo de toda la rigidez y formalidad del antiguo Derecho romano. Era un contrato *per aes el libram*, que se celebraba en presencia de una persona que sostenía una balanza en la que se pesaba el metal.

Posteriormente, surgen los contratos verbales o *verbis*, que se perfeccionan mediante el pronunciamiento de palabras solemnes, de los cuales el más usado fue la *stipulatio*.

Luego surgen los contratos *litteris*, cuyo origen proviene del libro que llevaban los *paterfamlias* (*codex accepti et expendi*), en el cual anotaban sus ingresos y egresos, sobre todo los créditos que tenían contra otra persona. Ello determinó la aparición de nuevos contratos, llamados *nomina trascriptitia*, cuando el deudor era ciudadano romano, y *chirographa* y *syngrapha*, cuando era un extranjero.

Posteriormente se admite que la simple entrega de una cosa era causa suficiente para engendrar una obligación civil y surgen entonces los contratos reales o simplemente *re*, a saber, el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

Cuando la legislación romana hizo del acuerdo de voluntades la modalidad esencial del contrato, aceptaron los contratos llamados consensuales o *solo consensu*, que son: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

En la época clásica se reconocen otros contratos llamados por los interpretes "contratos innominados", que son, según Arias Ramos, aquellos para cuya perfección se exige, análogamente a lo que sucede en los reales, que una de las partes haya entregado a la otra una cosa o, en general, realizado a su favor una prestación de distinta índole, quedando el otro contratante obligado a llevar a cabo, en cambio, una prestación convenida. La diferencia con los cuatros contratos reales estriba en que, en los innominados, esta contraprestación, salvo en el precario, tardíamente incluido en la categoría, no consiste en la devolución de la misma cosa recibida, sino que es siempre de naturaleza distinta a la de la prestación previa del acreedor, que es la que sirve de causa.

Todas las hipótesis de contratos innominados fueron agrupadas en cuatro grupos, a saber:

- *Do ut des* (doy para des): Cuando ambas partes se comprometen a la entrega de una cosa.
- *Do ut facias* (doy para que hagas): La obligación resultante es un *facere* y la causa que la motiva es la entrega de una cosa.
- *Facio ut des* (hago para que des): Por el contrario, la obligación resultante es de dar y la prestación del acreedor fue un hacer.
- *Facio ut facias* (hago para que hagas): Cuando ambas prestaciones son un hacer.

Por último, con respecto al valor que los romanos otorgaron a la simple promesa unilateral (*pollicitatio*), la legislación romana dio eficacia jurídica a la misma únicamente cuando hubiese sido formulada a favor de un *res publica,* ciudad o municipio, siempre que mediase justa causa o principio de ejecución, o se hubiese consagrado la cosa a una divinidad.

El valor que se le dio a la simple promesa fue una excepción, ya que rara vez los romanos se apartaron del principio de que para crear una convención válida en Derecho era indispensable el concurso de la voluntad de las partes intervinientes en el contrato. La declaración unilateral o la sola proposición de uno de los contratantes por lo general a nada obligaba.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Aun cuando los autores hacen referencia a numerosas clasificaciones de los contratos, para el objeto de este trabajo bastará con estudiar la más importante de todas, a la cual ya se ha hecho mención, que es la clasificación histórica que atiende a la *causa civilis* que determina su perfeccionamiento. A este respecto, los romanos conocieron los contratos *verbis*, los contratos *litteris*, los contratos reales y los contratos consensuales.

CONTRATOS *VERBIS*

Son los que se perfeccionan mediante el uso de palabras solemnes y, en general, tenían las siguientes características:

a) Eran formales.
b) Eran de Derecho estricto, el juez debía limitarse a lo convenido por las partes, sin atender a otras consideraciones.
c) Eran unilaterales: solo engendraban obligaciones para el deudor.

Los contratos *verbis* son:

1. LA *SPONSIO*

En realidad, la mayoría de los autores no incluyen la *sponsio* dentro de los contratos *verbis*, aunque es innegable que fue su antecedente inmediato. Una vez que el *nexum* cayó en desuso debido a la aparición de la moneda acuñada, lo cual hizo innecesario el *per aes et libram*, surge la *sponsio* como figura contractual aplicable solo a los ciudadanos romanos.

La *sponsio* se celebraba oralmente, mediante una pregunta formulada por el acreedor, seguida de una respuesta congruente dada por el deudor. Aun cuando no se conocen mayores detalles acerca de las formalidades de la *sponsio*, se sabe que se utilizaba para formalizar la promesa de esponsales y también era empleada en Derecho público para concertar tratados de paz y alianzas con estados extranjeros. En vista de que la *sponsio* solo podía ser utilizada por ciudadanos romanos, con el tiempo cayó en desuso, dando lugar a la aparición de otra figura de gran importancia para los romanos, como fue la *stipulatio*.

2. LA *STIPULATIO*

Fue la modalidad de contrato más difundida entre los romanos, quienes la utilizaban prácticamente para todo. Consistía en una pregunta oral que formulaba el futuro acreedor (*stipulator*), seguida de una respuesta concordante y también oral del futuro deudor (*promisor*).

En la fase antiquísima del Derecho romano, la *stipulatio* se celebraba utilizando la forma de la *sponsio* (*spondes-spondeo*), pero a medida que transcurrió el tiempo se fue admitiendo el uso de palabras distintas de

las primitivas, sobre todo cuando la convención se celebraba entre un ciudadano y un extranjero, o entre extranjeros

En su modalidad más antigua, la *stipulatio* precisaba del cumplimiento de los siguientes requisitos formales:

a) Oralidad de las fórmulas: los sordos y los mudos no podían celebrar una estipulación, ni tampoco los infantes, porque no tenían discernimiento.
b) Presencia de ambas partes: no se debía celebrar entre ausentes.
c) Unidad del acto: la respuesta debía seguir inmediatamente a la pregunta.
d) Perfecta concordancia entre la pregunta y la respuesta.

Estos requisitos se fueron atenuando con el tiempo, llegándose a admitir el empleo de lenguas extranjeras y la redacción de un documento como medio de prueba, con lo cual se le asestaba un golpe mortal a los requisitos de la presencia obligada de las partes y la unidad del acto.

Primitivamente se utilizaba para la promesa de entregar sumas de dinero. Más tarde se extendió a otras prestaciones de cosas ciertas que no fueran dinero y también llego a admitirse para la obligaciones de entregar cosas inciertas, hasta constituirse en el medio más común de imprimir carácter obligatorio a toda convención, cualquiera que fuese su naturaleza.

La *stipulatio* estaba amparada por acciones especiales que tenían por finalidad hacer exigible la obligación del deudor. Estas acciones fueron las siguientes:

a) *Condictio certae creditae* o *condictio certi*: Se utilizaba para exigir el cumplimiento de la obligación de entregar una cantidad determinada de dinero.
b) *Condictio triticaria*: Se empleaba si el objeto era un cuerpo cierto o una cantidad de cosas que no fueran dinero.
c) *Actio ex stipulatu*: Se aplicaba a las obligaciones que tuvieran por objeto un *incertum*, un acto o una abstención.

3. *DICTIO DOTIS*

Era un contrato verbal que se utilizaba para dar fuerza obligatoria a la promesa de dote hecha por la mujer, por uno de sus ascendientes paternos o por uno de sus deudores, a favor del marido.

4. *IUS IURANDUM LIBERTI:*

Era la declaración unilateral dada bajo fe de juramento por el liberto, por medio de la cual se comprometía a prestar determinados servicios a su patrono.

CONTRATOS *LITTERIS*

Sus características son las siguientes:

a) Son contratos unilaterales.
b) Son formales y de derecho estricto.
c) Solo podían tener por objeto sumas de dinero determinadas.
d) Son abstractos por cuanto no es preciso investigar la causa que mueve a las partes a concluir el contrato.

Los contratos *litteris* son:

1. *NOMINA TRANSCRIPTITIA*

Es el contrato lateral más antiguo y surge de la costumbre que tenían los *paterfamilias* romanos de llevar libros de contabilidad, entre los cuales el más importante era el *codex accepti et expensi*, en el que, en columnas separadas, se anotaban mensualmente las entradas (*acceptum*) y las salidas (*expensum*).

El contrato se verificaba mediante una doble operación: se hacía una anotación en el *acceptum* como cancelación por pago de una obligación anterior y la otra operación se hacía en el *expensum*, en el que figuraba idéntica cantidad como entrega. Esto servía, por ejemplo, para transformar una obligación consensual en una obligación literal y, por consiguiente, de derecho estricto.

Había dos clases de *nomina transcriptitia*:

a) *Transcriptio a re in personam*: Se cancelaba una obligación cuya causa se expresa, por ejemplo, por causa de compra, arrendamiento o sociedad, creando un obligación literal con el mismo deudor, pero sin expresar la causa.
b) *Trascripitio a personam in personam*: Se verificaba para sustituir un deudor por otro deudor nuevo, anotando como crédito contra A lo que debía B.

2. *CHIROGRAPHA Y SYNGRAPHA*

Son dos contratos de origen griego que en principio eran utilizados solamente por los extranjeros. No eran sino declaraciones de deudas escritas y firmadas por el deudor y el acreedor.

La diferencia entre ambos estriba en que los *syngrapha* era redactados en dos originales, de los cuales uno guardaba el deudor y otro el acreedor, mientras que los *chirographa* eran redactados en un solo ejemplar que conservaba el acreedor.

Cuando el emperador Caracalla extendió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, desaparecen como contratos literales y continúan subsistiendo como medios de prueba.

CONTRATOS REALES

Son los que se perfeccionan por medio de la entrega de una cosa, bien sea en propiedad, posesión o tenencia. Para que el contrato exista no basta el simple acuerdo entre las partes, sino que es necesario que una de las partes traspase a la otra una cosa.

Los contratos reales son:

EL MUTUO

Llamado también, préstamo de consumo, es un contrato por el cual una persona llamada mutuante o prestamista entrega en propiedad a otra persona llamada mutuario o prestatario, una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación de parte de este de restituir otras cosas de la misma calidad y cantidad.

Características y requisitos

El mutuo es un contrato real, unilateral –solo se obliga el mutuario– y gratuito.

Este contrato tenía los siguientes requisitos:

a) Se requiere que el mutuante sea propietario de las cosas entregadas o al menos que tenga facultad para enajenarlas.
b) Entrega efectiva de la cosa dada en préstamo.
c) Que ambas partes estén conformes con la causa de la entrega.
d) Debe tratarse de cosas fungibles.

Obligaciones nacidas del mutuo

Del mutuo se derivan las siguientes obligaciones:

a) El mutuario se convierte en propietario de la cosa dada en mutuo, por lo tanto, soporta el riesgo respecto de ella.
b) El mutuario se obliga a devolver exactamente la misma cantidad que recibió.
c) En cuanto al plazo para la devolución, si no se había pactado plazo alguno, el mutuante podía pedir la restitución en cualquier momento; si se había pactado un plazo y este era en interés del deudor, el mismo podía devolver la cantidad recibida antes de expirar el término convenido.

Del préstamo marítimo o *foenus nauticum*

En Derecho romano el mutuo era esencialmente gratuito. Sin embargo, excepcionalmente se admitía que en determinadas circunstancias se pudiese celebrar un simple pacto, anexo al mutuo, productor de intereses.

El caso más corriente fue el denominado *foenus nauticum* o *pecunia traiectitia* (hoy llamado préstamo a la gruesa), que consistía en el mutuo de dinero destinado a ser llevado a lugares distantes por vía marítima, en moneda o mercancías. El mutuario se obligaba a devolver el dinero solo en caso de que hiciera una feliz travesía, dejando al mutuante el riesgo del transporte. Es por ello que en compensación por ese riesgo que soportaba el mutuante, se permitía pactar intereses incluso superiores a la tasa legal.

Del mutuo de dinero a los hijos de familia

En el transcurso del siglo I de la era cristiana se promulgó el senadoconsulto macedoniano, el cual prohibía dar dinero en préstamos a los *filiifamilias*. Más tarde los pretores introdujeron la excepción del senadoconsulto macedoniano, la cual podía ser invocada por el hijo de familia demandado en juicio para exonerarse de la obligación de restituir el dinero recibido en préstamo, mientras estuviese bajo la patria potestad.

EL COMODATO

Es un contrato en virtud del cual una persona llamada comodatario recibe de otra persona llamada comodante, una cosa para servirse de ella de manera gratuita, mediante un determinado uso, obligándose el comodatario a restituir dicha cosa luego de haberla usado según lo pactado.

Características y requisitos

Es un contrato real, gratuito y sinalagmático imperfecto, porque en principio genera para el comodatario solo la obligación de restituir el objeto, pero eventualmente pueden surgir obligaciones para el comodante.

Los requisitos del comodato eran:

a) Se requiere que el comodante entregue al comodatario la cosa, que puede ser mueble o inmueble.
b) No era imprescindible que el comodante fuese propietario de la cosa, ni siquiera poseedor legítimo, pues solo transfería la detentación o simple tenencia de la cosa.
c) Era preciso que la entrega de la cosa se hiciera con el fin de proporcionar al comodatario un uso gratuito, ya que de otra manera sería arrendamiento.

d) Que la cosa no sea consumible o al menos que no se destine a ser consumida.

Obligaciones nacidas del comodato

Del comodato se derivaban las siguientes obligaciones:

a) El comodatario debe usar la cosa como un buen padre de familia y responde de la destrucción o deterioro de la cosa por su culpa (culpa *levis in abstracto*, o sea, culpa que se aprecia según un tipo general e hipotético de buen administrador).
b) El comodatario solo puede servirse de la cosa para el uso convenido; si infringe esta obligación dolosamente cometería hurto (*furtum usus*) y se hace responsable inclusive del caso fortuito ocasionado por su culpa.
c) El comodatario debe devolver la cosa después de haberla usado, con todos sus incrementos.
d) El comodante puede quedar eventualmente obligado a resarcir al comodatario de los daños culposamente ocasionados a este por causa de vicios inherentes a la cosa.
e) También puede quedar obligado el comodante a reembolsar al comodatario los gastos necesarios y extraordinarios que no sean consecuencia de su goce.

Acciones que nacen del comodato

Del comodato surgían las siguientes acciones:

a) La *actio comodati* directa, que la ejerce el comodante contra el comodatario.
b) La *actio comodati* contraria, que la tiene el comodatario contra el comodante.

EL DEPÓSITO

Es un contrato en virtud del cual una persona llamada depositario recibe una cosa mueble que le entrega otra persona llamada depositante, y se obliga a custodiarla y restituirla cuando le sea reclamada.

Características y requisitos

Es un contrato real, gratuito y sinalagmático imperfecto.

Los requisititos del depósito eran:

a) Que el depositante lleve a cabo el depósito, transfiriendo la detentación de la cosa al depositario. No es necesario que el depositante sea propietario de la cosa, ni siquiera poseedor jurídico, ya que transfiere solo la simple tenencia.

b) Que la transferencia de la cosa se haga con el objeto de custodia gratuita.
c) Que exista acuerdo entre las partes acerca de la devolución de la cosa en cuanto se le exija.

Obligaciones nacidas del depósito

Las obligaciones derivadas del depósito eran:

a) El depositario está obligado a restituir la cosa depositada en cualquier momento en que se le pida.
b) El depositario no puede usar la cosa depositada; si lo hace, responde incluso por la pérdida fortuita y comete delito de hurto de uso.
c) El depositante puede quedar obligado a resarcir al depositario de los daños producidos por su culpa y a resarcirle de los gastos de conservación de la cosa depositada o de cualesquiera otros gastos que haya consentido el depositante.
d) La norma general es que el depositario sea únicamente responsable de la destrucción o deterioro de la cosa cuando se deba a su dolo o culpa grave, que es la que emerge de una negligencia extraordinaria. Sin embargo, por vía de excepción, el depositario puede quedar obligado por culpa leve en los siguientes casos:
   - Cuando se haya ofrecido espontáneamente como depositario.
   - Cuando el depósito se haya hecho en su beneficio.
   - Cuando así se haya pactado expresamente.

Acciones que nacen del depósito

a) La *actio depositi* directa que tiene el depositante en contra del depositario.
b) La *actio depositi* contraria, que la tiene el depositario en contra del depositante.

OTRAS ESPECIES DE DEPÓSITO

Había en Roma otras especies de depósito:

a) **Depósito necesario o miserable**

Tiene lugar en caso de calamidad pública o privada que no permite elegir libremente al depositario. En este caso, contra el depositario infiel el pretor concedía una acción *in duplum*, o sea, lo obligaba a devolver el doble de lo que había recibido.

b) **Secuestro**

Es el depósito de una cosa mueble o inmueble, verificado por dos o más personas que sostienen un litigio sobre la misma, con el convenio de que la cosa sea restituida a quien salga victorioso en la controversia.

Diferencias entre el secuestro y el depósito ordinario

- El secuestratario tiene la posesión jurídica de la cosa secuestrada. Recuérdese que es uno de los casos anómalos de posesión; el depositario tiene solo la detentación de la cosa depositada.
- En el secuestro la obligación de restituir no está sujeta a la reclamación del depositante, sino a la resolución del tribunal.
- En el secuestro no está determinada originariamente la persona a quien se debe hacer la restitución.

c) **Depósito irregular**

Tiene por objeto dinero u otro cosa fungible que puede consumir el depositario, obligándose a restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Diferencias con el mutuo

- El mutuo por lo general era realizado en interés del prestatario, en cambio, el depósito irregular se llevaba a cabo en provecho del depositante; generalmente los depositarios eran banqueros.
- Para convenir intereses en el mutuo se requería de una estipulación diferente, mientras que en el depósito irregular bastaba un simple pacto por tratarse de un contrato de buena fe.
- El depositario tenía la acción contraria, pero esta no se daba al mutuario.
- El *filiusfamilias* depositario no podía utilizar la excepción del senadoconsulto macedoniano, como sí lo podía hacer en caso de mutuo.

LA PRENDA

La prenda es un contrato de naturaleza real, accesorio, de buena fe, sinalagmático imperfecto, por el cual el deudor u otra persona entrega al acreedor la posesión de una cosa como garantía de su crédito, para que sea devuelta al quedar extinguido este.

Anteriormente se ha hablado de la prenda como derecho real de garantía, pero es necesario aclarar que no debe confundirse el contrato de prenda con el acto constitutivo del derecho real de prenda. El contrato de prenda únicamente crea obligaciones entre las partes contratantes, por el contrario, el derecho de prenda se establece por la entrega de la prenda con fines de garantía. En otras palabras, la entrega de la prenda tiene dos fines. En lo que respecta al contrato de derecho real de prenda, es necesaria para su perfeccionamiento, y en lo que atañe al derecho real de prenda es causa de su nacimiento.

Pueden ser objeto de prenda o *pignus* tanto las cosas mueble como los inmuebles, mientras que en Derecho moderno solo pueden pignorarse los bienes mueble, reservándose la hipoteca para los inmuebles.

Obligaciones nacidas de la prenda

a) El acreedor pignoraticio está obligado a custodiar la cosa pignorada y responde de los daños que se le ocasionan hasta por culpa leve.
b) El acreedor pignoraticio no puede servirse de la cosa pignorada y si la usa sin permiso del deudor comete un hurto, y en este supuesto responde hasta por caso fortuito.
c) Si la cosa produce frutos, los mismos pueden imputarse al pago de los intereses o del capital. En este sentido, el pacto de anticresis autorizaba a cubrir solo los intereses con los frutos, pero no el capital.
d) Cancelada la obligación principal, se debe devolver la cosa con sus accesiones y si esta se ha vendido por incumplimiento del deudor, se devolverá el sobrante (*hyperocha*), después de haberse resarcido el acreedor.
e) El pignorante o dueño de la cosa dada en garantía puede quedar circunstancialmente obligado a indemnizar al acreedor los gastos de conservación de la cosa o a resarcirle los daños que se le hayan podido ocasionar por su culpa.
f) Si el deudor entregaba dolosamente en prenda una cosa que no le pertenecía o que estaba hipotecada, incurría en el delito de *estelionato*, que era severamente castigado.

Acciones nacidas de la prenda

Las acciones propias del contrato de prenda eran:

a) La *actio pignoraticia* directa a favor del pignorante.
b) La *actio pignoraticia* contraria, a favor del acreedor prendario.

CONTRATOS CONSENSUALES

Son los que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, sin necesidad del cumplimiento de formalidades ni de la entrega de una cosa. Son los siguientes.

LA COMPRAVENTA (*EMPTIO-VENDITIO*)

Es un contrato consensual y bilateral perfecto, en el que uno de los contratantes (*venditor*) se obliga a entregar al otro la posesión pacífica y definitiva de una cosa, y este otro (*emptor*) a pagar el primero una cantidad de dinero (*pretium*).

Como bien anota Betti, para comprender la compraventa romana hay que liberarse de los preconceptos modernos, porque cuando hoy se habla de compraventa se piensa en un contrato que transfiere la propiedad. Claro está que en última instancia la compraventa comporta un traspaso del dominio, pero de por sí el contrato no crea sino un *vinculum iuris* con recíprocas obligaciones entre las partes.

Objeto de la compraventa

Pueden ser objeto de compraventa todas las cosas que están dentro del comercio: cosas mueble o inmuebles, corporales e incorporales.

Como la compraventa no es acto traslativo del dominio, nada impide que pueda tener por objeto cosas que no sean propiedad del vendedor. En este caso, el comprador tendrá su derecho de crédito contra el vendedor, abstracción hecha de las acciones reales que el dueño de la cosa pueda ejecutar.

Igualmente se podían comprar las cosas futuras, como los frutos o la futura cosecha de un fundo. A este respecto las fuentes romanas distinguen entre la *emptio rei speratae* (compra de la cosa esperada) y la *emptio spei* (compra de la simple esperanza). En la primera, el objeto de la venta son cosas que se esperan, y por tanto solo habrá venta si las cosas llegan a existir como, por ejemplo, una futura cosecha.

En cambio, en la *emptio spei* el objeto de la compraventa es la esperanza misma, no las cosas. En consecuencia, habrá compraventa y el comprador deberá pagar el precio aunque no se obtengan las cosas esperadas. Por ejemplo, la compra del pescado que se recoge echando la red (*iactus retium*).

El precio es el elemento que sirve para diferenciar la compraventa de la permuta. Debe consistir en una suma de dinero y debe ser efectivo, no simulado.

El precio

En la compraventa el precio debe ser cierto, es decir, conocido por las partes, bien porque lo hayan determinado expresamente, o bien porque sea fácilmente determinable con arreglo a base señaladas, como la tasación por un perito.

En el Derecho justinianeo el precio, además, debía de ser justo porque si no llegaba a la mitad del valor de la cosa, la venta se podía rescindir –rescisión por lesión– a menos que el comprador pagase el complemento del precio justo.

Obligaciones nacidas de la compraventa

a) El vendedor está obligado a entregar la cosa y a asegurar su pacífica posesión. No es imprescindible que el vendedor haga propietario de la cosa al comprador, pero si aquel es propietario de lo que vende, al poner la cosa en manos del comprador, le transmite la propiedad, con tal de que el comprador haya pagado el precio.
b) El comprador está obligado ante todo a pagar el precio, transfiriendo al vendedor la propiedad de las monedas en que dicho precio consista.
c) El comprador se obliga a indemnizar al vendedor los gastos que este haya hecho para conservar la cosa, cuando no se haya hecho la entrega en provecho del comprador.
d) A pesar de que la compraventa no transmite por sí misma la propiedad de la cosa vendida, si esta perece por caso fortuito antes de efectuar la entrega, perece por cuenta del comprador, quien está obligado a pagar el precio aunque no pueda recibir la cosa.

Responsabilidad por evicción

En la compraventa se dice que hay evicción cuando el comprador es vencido en un juicio reivindicatorio por quien haya demostrado ser el verdadero propietario de la cosa vendida, o cuando un tercero es declarado titular de ciertos derechos reales sobre el objeto vencido.

Originariamente el vendedor solo respondía por evicción cuando la cosa había sido adquirida a través de la *mancipatio*, tratándose, desde luego, de una *res mancipi*. En este caso el comprador podía ejercitar la *actio auctoritatis*, con la que podía exigir del mancipante el doble del precio pagado, en caso de evicción.

Si la cosa era una *res nec mancipi*, que se transmitía en las ventas que no se realizan por medio de la *mancipatio*, se recurría a la *stipulatio*, con la cual el comprador se hacía prometer el doble del precio entregado o el resarcimiento de los daños causados en caso de que hubiera evicción.

Posteriormente la jurisprudencia reforzó aun más la posición del comprador, admitiendo que este pudiera ejercitar la *actio empti* contra el vendedor, como si ya existiese *stipulatio*, aunque esta no se hubiera verificado.

Responsabilidad por vicios o defectos ocultos

En la época antigua el comprador se encontraba totalmente desasistido en caso de que la cosa vendida presentase vicios o defectos ocultos. Solo estaba protegido por la *actio auctoritatis* nacida de la *mancipatio*.

Después, con el uso de la *stipulatio duplae*, el comprador pudo ejercer la *actio ex stipulatu* para obtener una indemnización del doble del precio por los defectos ocultos descubiertos luego de realizar la venta.

Posteriormente, los ediles curules, encargados de la policía de los mercados, introdujeron dos acciones a favor del comprador en caso de defectos ocultos de la cosa vendida. Estas acciones fueron:

a) La *actio redhibitoria*: Obligaba al vendedor al pago del doble de la suma recibida, a menos que restituyese el precio pagado, más los intereses. Esta acción debía ser intentada en un lapso de seis meses, contados a partir de la fecha del descubrimiento del vicio.
b) La *actio quanti minoris*, llamada también *actio aestimatoria*: Se acordaba para lograr una disminución proporcional del precio, de conformidad con la extensión e importancia de los vicios que la cosa presentase. Esta acción se debía intentar dentro de un año, contado desde el día de la venta.

Pactos adicionales a la compraventa

Era frecuente encontrar una serie de pactos adicionales en el contrato de compraventa; entre estos se destacan los siguientes:

a) Venta a prueba (*pactum displicentiae*): Los efectos del contrato se sometían a una condición suspensiva, consistente en que el cobrador encontrase de su agrado la cosa adquirida.
b) Pacto de adjudicación a término (*pactum in diem addictio*): Las partes acuerdan que el contrato se resolverá en caso de que con posterioridad a la celebración del mismo se le presente el vendedor una mejor oferta.
c) Pacto de retroventa (*pactum de retro vendendo*): El vendedor se reserva durante cierto tiempo la facultad de recuperar el objeto vendido, pagando el mismo precio recibido.
d) Pacto comisorio (*lex commisoria*): Convenio en cuya virtud se tenía por no celebrado el contrato cuando el comprador dejaba de pagar el precio en el plazo señalado.
e) Pacto de preferencia: El comprador se comprometía, en caso de que quisiere vender la cosa, a vendérsela a quien se la había alienado.

EL ARRENDAMIENTO (*LOCATIO-CONDUCTIO*)

El arrendamiento es un contrato consensual, bilateral perfecto, y de buena fe, por el cual se compromete una de las partes contratantes a ceder el uso y goce, temporalmente, de una cosa, a prestar servicios o a realizar determinadas obras, a cambio de un precio.

De la anterior definición se deducen las tres modalidades de *locatio-conductio* que conocieron los romanos: *Locatio-conductio rerum, operarum* y *operis*, es decir, arrendamiento de cosas, arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras.

2.1. ARRENDAMIENTO DE COSAS (*LOCATIO-CONDUCTIO RERUM*)

Por medio de este contrato el arrendador (*locutor*) se obliga a ceder el uso y disfrute de un cosa por cierto tiempo, a cambio del precio que debe pagar el arrendatario (*conductor*).

Obligaciones nacidas del arrendamiento de cosas

a) El arrendador está obligado a entregar al arrendatario la cosa arrendada, o ponerla a su disposición para que pueda usarla y disfrutarla de acuerdo con lo convenido. El arrendatario no tiene derecho real sobre la cosa, solo la simple detentación, de tal manera que si es perturbado en su disfrute, debe notificar al arrendador.
b) Si la cosa no sirve para el uso convenido, el arrendador está obligado a indemnizar al arrendatario por los daños y perjuicios sufridos, pudiendo este último rescindir el contrato.
c) El arrendador deberá sufragar todos los gastos de conservación de la cosa y abstenerse de hacer en ella obras y modificaciones que impidan su utilización por el arrendatario.
d) El arrendatario tiene como principal obligación pagar la pensión (*merces*) en el tiempo estipulado.
e) El arrendatario debe ceñirse en el uso de la cosa a las costumbres del lugar, teniendo derecho a subarrendarla, salvo pacto en contrario.
f) Al finalizar el contrato, el arrendatario debe devolver la cosa como lo recibió, sin que responda de los deterioros naturales de la misma.

Extinción del arrendamiento de cosas

La *locatio-conductio rerum* se extingue por las siguientes razones:

a) Por vencimiento del término estipulado. Si al finalizar el término convenido el arrendatario continúa desfrutando de la cosa con el consentimiento del arrendador, se dice que se ha producido una *tácita reconducción*, es decir, que el contrato se entiende renovado por igual tiempo.
b) Por incumplimiento del arrendatario de su obligación de pagar el alquiler convenido.
c) Si el arrendador se propone habitar la casa arrendada.
d) Por destrucción o deterioro de la cosa que hagan imposible su uso y disfrute.
e) Por mutuo consentimiento.

f) Si se vende un inmueble alquilado, el nuevo propietario, salvo que se pacte lo contrario, no está obligado a respetar los derechos del arrendatario. Este tiene a su favor la *actio conducti* para reclamar al arrendador los daños que se le hayan causado.

2.2. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS (*LOCATIO-CONDUCTIO OPERARUM*)

Este contrato tuvo escasa importancia en la sociedad romana debido, en primer lugar, a que no se consideraba decoroso que un hombre libre procurase un lucro con su propio trabajo.

Sin embargo, a este respecto los romanos distinguían entre las profesiones liberales (*operae liberales*) y las no liberales. Dentro de las profesiones liberales incluían a los abogados, médicos, agrimensores, profesores, etc., y la prestación de estos servicios se encuadraba dentro de otros contratos, tales como el mandato y la sociedad. Con el tiempo se llegó a permitir que estos profesionales liberales pudieran convenir válidamente una retribución por su trabajo, remuneración que recibía el nombre de honorarios.

Los profesiones no liberales podían ser objeto propiamente de arrendamiento, por considerarse estos trabajos manuales como de rango inferior y, por lo tanto, susceptibles de ser pagados con un precio.

En el arrendamiento de servicios, el patrono (*conductor*), mediante la *actio conducti* que le correspondía, podía compeler al obrero (*locator*) para que realizara los servicios personales, ateniéndose a la convenido.

Por su parte, el obrero (*locator*) era responsable de su dolo o culpa leve, aunque no del caso fortuito, disponiendo de la *actio locati* para que se le retribuyera según lo pactado.

2.3. ARRENDAMIENTO DE OBRAS (*LOCATIO-CONDUCTIO OPERIS*)

El objeto de este arrendamiento no es el trabajo en sí, sino su resultado, o sea, que lo que se contrata es la obra final como, por ejemplo, la realización de un mueble o la confección de una joya.

El que encarga la obra, *locator,* tiene la *actio locati* para hacer que se le cumpla con lo convenido, y quien la ejecuta, *conductor,* tiene la *actio conducti* para reclamar el predio estipulado.

LA SOCIEDAD

Es un contrato consensual, bilateral perfecto y de buena fe, en virtud del cual dos o más personas llamadas socios se obligan recíprocamente a poner algunas cosas en común, ya sean bienes o trabajos, para alcanzar un fin lícito de utilidad igualmente común.

El contrato de sociedad debía reunir los siguientes requisitos:

a) Reunión de dos o más personas.
b) Aporte recíproco de cada uno de los socios. El aporte puede consistir en una suma de dinero, bienes mueble o inmuebles, mercaderías, créditos e inclusive trabajo personal.
c) Un objeto común licito.
d) Intención de constituir una sociedad. Este elemento subjetivo era denominado *affectio societatis*.

CLASES DE SOCIEDADES

Las sociedades podían ser:

a) Desde el punto de vista del aporte de los socios:
   -*Rerum*: Cuando el aporte consistía en bienes.
   -*Operarum*: Cuando consistía en trabajo o actividad de los socios.
   -*Mixtae*: El aporte consistía en bienes y trabajo.
b) Según los fines de la sociedad podían ser:
   -*Societates quaestuariae*: Cuando perseguían fines de lucro.
   -*Societates non quaestuariae*: Cuando su finalidad no era lucrativa.
c) Según la extensión de la relación podían ser:
   - Sociedades universales: Cuando abarcaban la totalidad o una parte alícuota de los bienes de los socios. Las sociedades universales eran de dos tipos:
     - *Omniun bonorum*: Comprendían la universalidad de los bienes de los socios, es decir, los socios se comprometían a poner en común todos sus bienes presentes y futuros, adquiridos a título oneroso o gratuito, entre vivos o *mortis causa*. En este caso la sociedad se hacía cargo de las deudas de los socios, excepto las provenientes de un acto ilícito.
     - Sociedad de las ganancias: Abarcaba la totalidad de las ganancias que los socios obtuviesen.
   - Sociedades particulares: El aporte está constituido por objetos o cosas determinadas. También podían ser de dos tipos:
     - *Unius rei*: Tenían como finalidad la realización de una operación determinada, en la cual los socios ponían en común el uso o la propiedad de una o varias cosas para explotarlas y repartir sus beneficios, por ejemplo, la explotación de una mina.
     - *Alicuius negotiationis*: Tenían por objeto realizar una serie de negocios del mismo género. A este tipo pertenece la llamada

sociedad *vectigalium* o *publicanorum*, que tenía por finalidad arrendar los derechos de cobrar los impuestos públicos, es decir, obtenían la concesión del poder público para cobrar los impuestos, a cambio de pagar al Estado un precio convenido.

Obligaciones que nacen del contrato de sociedad

Los efectos del contrato de sociedad eran:

a) Los socios se obligan a efectuar el aporte convenido.
b) Cada socio debía garantizar la existencia y defectos ocultos de las cosas aportadas. La presencia de esos vicios daba lugar a la resolución del contrato cuando se trataba de una sociedad *omnium bonorum*.
c) Se podía estipular que algún socio participase únicamente de las ganancias y no de las pérdidas, pero no se podía convenir que alguno de los socios participase únicamente de las pérdidas (en este caso la sociedad se llamaba *leonina* y era nulo el contrato).
d) El socio administrador debía rendir cuentas de su gestión y estaba obligado a transferir a la sociedad los derechos y obligaciones que hubiese adquirido en ejercicio de su administración.
e) El socio administrador se hacía personalmente propietario, acreedor o deudor, ya que la sociedad romana no tenía personalidad jurídica, era solo un contrato entre los socios. Excepcionalmente se le confería personalidad jurídica a la sociedad *publicanorum*, debido a que su objeto era de interés público.
f) Los socios son responsables de culpa grave y dolo y también respondían de culpa leve *in concreto*, o sea, la culpa, que se compara con la forma como atiende sus negocios propios.

Acciones que nacen de la sociedad

Del contrato de sociedad nacía una acción denominada *actio pro socio* para hacer efectivas las obligaciones entre los socios. Generalmente se ejercitaba durante la vida de la sociedad y tenía características infamantes; servía también para solicitar la disolución de la sociedad.

La *actio pro socio* no se podía utilizar para la partición del patrimonio común luego de disuelta la sociedad, para ello había otra acción llamada *actio communi dividundo*, que se empleaba para la división de la cosa común.

Extinción de la sociedad

Siguiendo en este aspecto al maestro Bonfante, se puede afirmar que la sociedad romana se extingue:

a) *Ex personis*: Por fallecimiento o *capitis deminutio* máxima o media de uno de los socios.
b) *Ex rebus*: Por agotamiento del fin o del patrimonio o porque el fin se hizo ilícito.
c) *Ex voluntate*: Por voluntad común de los socios o por la renuncia no intempestiva ni dolosa de uno de ellos, así como también por expirar el tiempo fijado.
d) *Ex actionis*: Por transformación o disolución de la sociedad mediante estipulación o acción intentada por los socios.

EL MANDATO

Los romanos fueron opuestos a la representación directa por las siguientes razones: en primer lugar, por imperar el régimen de la esclavitud, en torno al cual giraba toda su economía, y en segundo lugar, por tratarse de una sociedad cuya estructura estaba sujeta a vínculos patriarcales y familiares. De tal manera, que el *paterfamilias* que no podía celebrar por sí mismo un negocio, encomendaba su realización a un hijo o a un esclavo, quienes servían de mensajeros.

Por otra parte, existía la figura del procurador, que fue intendente o administrador de las casas nobles, casi siempre un liberto, a quien se investía con poderes generales o especiales para gestionar alguno o todos los negocios del patrono. El procurador podía enajenar cosas propiedad del *pater*, hacer efectivos sus créditos, etc.

Es por ello que en un principio la figura del mandatario estuvo confundida con la del procurador, pero ya en la época clásica aparece definido el contrato de mandato con sus características particulares.

El mandato es un contrato consensual, bilateral imperfecto y de buena fe, por medio del cual una persona llamada mandatario se obliga respecto de otra persona llamada mandante, a hacer gratuitamente una cosa lícita que esta le ha encomendado.

El mandato tenía los siguientes requisitos:

a) El objeto del mandato debe ser lícito, de lo contrario el mandato sería nulo.
b) El interés del mandato debe darse siempre a favor del mandante. Se podía suscribir un contrato de mandato a favor del mandante y de un tercero, y también en beneficio del mandante y del mandatario, pero nunca en interés exclusivo del mandatario, porque en este caso lo que hay es un simple consejo carente de obligatoriedad.
c) El mandato debe ser gratuito. Si se ha convenido una remuneración, se trata de un arrendamiento de servicios, si la retribución consiste en otras cosas distintas del dinero se estaría en presencia de un contrato innominado.

Obligaciones nacidas del mandato

a) La obligación principal del mandatario consiste en cumplir el mandato dentro de los límites convenidos.
b) El mandatario era responsable de las gestiones que indebidamente realizase fuera de lo acordado.
c) Para el cumplimiento del mandato, el mandante debía otorgar poder al mandatario. Este poder podía ser especial, para uno o varios negocios determinados, o general, facultando al apoderado para realizar todos los actos de administración de los negocios del mandante.
d) El mandatario podía sustituir el mandato en otra persona, lo cual no lo exoneraba de las obligaciones nacidas del mandato.
e) El mandatario tenía que rendir cuentas de su gestión, transfiriendo al mandante todos los derechos y obligaciones adquiridas en ejercicio de su mandato.
f) La responsabilidad del mandatario se extiende excepcionalmente hasta la culpa leve, aunque el negocio sea gratuito, debido a la confianza depositada en él.
g) El mandante puede quedar eventualmente obligado a:
   - Reembolsar al mandatario los gastos que hubiere efectuado en su gestión y a resarcirle de las pérdidas sufridas.
   - Exonerarlo de las obligaciones asumidas en cumplimento de su misión.
h) El mandante responde de toda culpa porque el contrato era hecho en su beneficio.

Acciones que nacen del mandato

El mandante tenía la *actio mandati* directa, la cual era infamante si el mandatario era condenado por dolo; y el mandatario tenía la *actio mandati* contraria contra el mandante.

Extinción del mandato

El mandato puede concluir:
a) Por terminar el encargo.
b) Por mutuo consentimiento.
c) Por muerte del mandante, a menos de que se trate de un mandato *post mortem*, es decir, para ser cumplido después de la muerte del mandante.
d) Por muerte o *capitis deminutio* de mandatario.
e) Por revocación del mandato o renuncia del mandatario. La renuncia no podía ser intempestiva ni en perjuicio del mandante. La revocación podía ser expresa o tácita, la cual se exteriorizaba cuando el

mandante asumía directamente lo que había encomendado al mandatario o designaba a otra persona para ello.

LOS CUASICONTRATOS

Como bien afirma Abouhamad, la doctrina de los cuasicontratos nace como consecuencia de la extensión que experimentaban las relaciones obligatorias romanas, al observarse que, en ciertos casos, se producen obligaciones como de un contrato (*cuasi ex contractu*). Estos cuasi contratos a los que les falta el acuerdo de voluntades, elemento esencial del contrato, toman como modelo sus diversos tipos: surgen así los cuasicontratos en la legislación romana, respondiendo al progreso jurídico en materia contractual, ampliando sus fuentes, del mismo modo que los cuasidelitos.

Entre los principales cuasicontratos conocidos por los romanos cabe mencionar la gestión de negocios, el pago de lo indebido, la comunidad incidental y las obligaciones nacidas de la tutela, de la curatela y de la aceptación de una herencia.

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS (*NEGOTIORUM GESTIO*)

Existe gestión de negocios cuando una persona denominada gestor o gerente, gestiona los negocios de otra, denominada dueño del negocio, sin haberlo esta ordenado y sin estar autorizado para ello por la ley.

Los requisitos de la gestión de negocio eran:

a) Que el dueño del negocio ignore la actividad del gestor. Si la conoce y no se opone a ella, la relación es de mandato tácito. Si se opone, el gestor no tendrá ninguna acción.
b) Que la actividad desarrollada sea en beneficio exclusivo del *dominus*. No hay gestión de negocio cuando un socio realiza actos a favor de los demás socios, porque esto supone también una ventaja para él.
c) Que la gestión sea de evidente utilidad para el dueño, aunque no se logren los resultados perseguidos. Por ejemplo, si se ayuda a un esclavo enfermo aunque este al final muera.
d) La intención del gestor de obrar en un negocio ajeno; sobre este requisito no existe unanimidad entre los comentaristas, ya que algunos consideran que la acción se concedía aunque el *animus* no estuviera demostrado.

Obligaciones nacidas de la gestión de negocios

a) El gerente está obligado a terminar completamente el negocio en que ha intervenido, salvo que las circunstancias se lo impidan.

b) Una vez finalizada la gestión, debe rendir cuentas al dueño, entregándole todo lo adquirido.
c) El *dominus* está en la obligación de indemnizar al gestor de todos los perjuicios que la gestión le haya ocasionado y a liberarlo de las obligaciones asumidas.

Acciones nacidas de la gestión de negocios

El gestor tiene a su disposición la *actio negotiorum gestorum* contraria, para hacer efectivos sus derechos y el dueño puede ejercitar la *actio negotiorum gestorum* directa.

EL PAGO DE LO INDEBIDO

Cuando una persona paga por error lo que no debe es justo que el que ha recibido el pago no se enriquezca a su costa y que esté obligado a devolver lo que se le ha pagado.

Esto es lo que se conoce como pago de lo indebido, el cual estaba sancionado por una acción denominada *condictio indebiti*, para obtener la devolución de lo pagado indebidamente y cuyos requisitos eran los siguientes:

a) Que exista el pago.
b) Que el pago sea indebido. Se dice que el pago es indebido en los siguientes casos:
   - Cuando la deuda no había existido nunca o ya había dejado de existir. Si se paga una obligación natural no hay pago de lo indebido y, por lo tanto, no procede la *condictio indebiti*.
   - Cuando la deuda aun no existía, como ocurriría si el deudor paga una obligación sometida a condición suspensiva antes del cumplimiento de la condición. Ahora bien, si el deudor paga antes del vencimiento del término, paga lo que debía. Cuando se ha pagado a una persona distinta del acreedor.
   - Cuando el deudor paga más de lo que debía, en cuyo caso ha pagado lo indebido en todo lo que excede del importe de la obligación.
c) Que el pago se haya realizado por error, es decir, creyéndose deudor cuando no lo era.

LA COMUNIDAD INCIDENTAL (*COMMUNIO INCIDENS*)

Hay indivisión o comunidad cuando una misma cosa o una universalidad de bienes, como una herencia, pertenecen a varias personas que son propietarias pro indiviso de la misma.

Es una situación parecida a la de la sociedad, pero sin que se haya celebrado ningún contrato entre las personas que forman la comunidad. Por

ejemplo, cuando varias personas han comprado una cosa en común o cuando una cosa es legada en común a varias personas.

Los comuneros pueden pedir la disolución de la comunidad mediante la *actio communi dividundo*, si se trata de una cosa común, o la *actio familiae erciscundae*, en caso de una herencia familiar.

A la comunidad incidental se le aplican las mismas reglas de la copropiedad.

OBLIGACIONES NACIDAS DE LA TUTELA Y LA CURATELA

Tanto de la tutela como de la curatela surge una serie de obligaciones semejantes a las de la gestión de negocios o del mandato, pero ni la obligación del tutor ni la del curador derivan de un contrato celebrado con el incapaz, por ello se dice que son obligaciones *quasi ex contractu*.

Para la doctrina moderna todas estas obligaciones son simplemente "obligaciones *ex lege*", es decir, nacidas de la ley, por lo cual no consideran la existencia del cuasicontrato.

OBLIGACIONES NACIDAS DE LA ADQUISICIÓN DE UNA HERENCIA

El heredero testamentario que adquiere una herencia se encuentra obligado a cumplir los legados contenidos en el testamento. Como esta obligación no ha sido contratada con los legatarios, se dice que nace *quasi ex contractu* y es sancionada por una acción de Derecho estricto: la *actio ex testamento*.

OBLIGACIONES NACIDAS *EX DELICTO*

Delito es todo acto ilícito sancionado con una pena. Los romanos consideraron el delito como fuente de obligaciones civiles. A este respecto ellos distinguieron entre delitos públicos y delitos privados.

Los delitos públicos (*crimina*) eran aquellos que atracaban directamente o indirectamente el orden público, la organización política o la seguridad del Estado.

Los delitos privados (*delicta o maleficia*) consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin perturbar el orden público. La persecución de estos delitos se consideraba como un derecho del particular ofendido, no como una función estatal.

Las instituciones de Gayo y las de Justiniano citan solamente cuatro delitos privados:

EL HURTO (*FURTUM*)

Era el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión.

Los requisitos del hurto son:

a) *Animus furandi*: Intención fraudulenta del autor del hurto.
b) *Animus lucrifaciendi*: Intención de sacar provecho.
c) *Contrectatio rei*: Acto de apropiarse de una cosa que no le pertenece, de disponer de ella o de usarla de un modo no autorizado.
d) *Invito domino*: Que el acto haya sido realizado contra la voluntad del propietario de la cosa.
e) Pueden ser objeto de hurto las cosas mueble corporales susceptibles de apropiación privada, por tanto, no hay hurto para los inmuebles ni para las cosas fuera del comercio ni para las cosas incorporales.

Acciones nacidas del hurto

La víctima del *furtum* podía utilizar dos acciones: la *actio furti*, acción penal para obtener el pago de una multa; y la *actio reipersecutoria* para recuperar la cosa o cantidad sustraída.

EL DAÑO CAUSADO INJUSTAMENTE (*DAMNUN INIURIA DATUM*)

Este delito tiene lugar cuando se causa a una persona un perjuicio patrimonial sin que el que lo produce mire a obtener un lucro, sino que obra movido por la sola intención de dañar o con negligencia.

Fue previsto por la *Lex Aquilia*, la cual dispuso que el que haya matado a un esclavo ajeno o a un animal vivo en rebaño perteneciente a otra persona, debía pagar el valor más elevado que hubiesen alcanzado el esclavo o el animal el año precedente al delito.

Esta obligación es sancionada por una acción especial, llamada *actio legis Aquiliae*, concedida al dueño de la cosa contra el autor del delito y sus cómplices.

EL ROBO (*RAPINA*)

Es la sustracción de cosas ajenas operada con violencia. Adquirió figura de delito independiente del *furtum* a partir de un edicto del pretor Terencio Lúculo (76 a.C.) que prometía una *actio in quadruplum* para el caso de robo en cuadrilla, armada o desarmada, acción que se extendió después por labor jurisprudencial o por un nuevo edicto, a la sustracción violenta, aunque fuese ejercitada por una sola persona.

LA INJURIA PROPIAMENTE DICHA (*INIURIA*)

La injuria como delito comprende toda lesión corporal (golpes, heridas) o moral (insultos, manifestaciones ofensivas del honor), causada por una persona a otra. Había, por tanto *injuria verbis*, de palabra, e *injuria re*, de hecho. Se distinguía también según su mayor o menor gravedad en *injuria levis* e *injuria atrox*. Podía ser también directa, respecto a la persona a quien inmediatamente se causaba, e indirecta, a la que se hacia a sus próximos familiares.

OBLIGACIONES NACIDAS *QUASI EX DELICTO*

Los cuasidelitos son obligaciones que tenían por sanción una acción pretoriana *in factum*, que llevaba consigo una multa, que variaba según los casos.

Se diferencian de los delitos en que en ellos el hecho ilícito es causado por imprudencia o negligencia, pero sin intención de perjudicar.

En las instituciones de Justiniano se citan los siguientes cuasidelitos:

a) *Iudex qui litem sua fecerit*: Literalmente significa "cuando el juez hace suyo el litigio". Tiene lugar cuando un juez ha pronunciado una sentencia errónea o ha descuidado su deber, quedando obligado a resarcir a la parte perjudicada el valor del litigio.
b) *Positum et suspensum* (colocado o suspendido): En este caso se concedía una acción popular contra los habitantes de una casa donde se colocaban o suspendían objetos que pudieran dañar a terceros.
c) *Effesum et deiectum*: Se originaba cuando alguien lanzaba líquidos o sólidos desde una casa de habitación. En este caso, sin tener en consideración su culpa, se le obligada a resarcir el doble del daño causado.
d) Hurtos y daños cometidos por los propios dependientes: los propietarios de naves, hoteles y establos son responsables de los hurtos cometidos por los individuos a su servicio y por los daños causados a los objetos de los viajeros, hayan sido o no entregados a ellos.

CAPÍTULO VIII

AUTOEVALUATIVO

I. Coloque una V si lo considera verdadera o una F si lo cree falso, a cada uno de los siguientes enunciados:

1. En el Derecho romano pueden ser objeto de prenda tanto las cosas mueble como los inmuebles. ( )
2. La sociedad *unius rei* tenía por objeto la realización de una operación determinada. ( )
3. El mandato puede ser en beneficio del mandante y del mandatario. ( )
4. La venta de la cosa ajena no era posible en Roma. ( )
5. El heredero que paga las deudas del causante obra como gestor de negocios. ( )
6. Entre el testador y los herederos existe un cuasicontrato. ( )

II. Coloque en el sitio indicado la letra que distingue la alternativa que corresponde a cada enunciado:

7. Es un contrato real, unilateral y gratuito. ( )
8. Tiene por objeto dinero u otras cosas fungibles que el depositario puede consumir. ( )
9. Obligaba al vendedor al pago del doble de la suma recibida, a menos que restituyese el precio pagado más los intereses. ( )
10. Convenio en cuya virtud se tenía por no celebrado el contrato cuando el comprador no pagaba el precio en el plazo señalado. ( )
11. El objeto de este arrendamiento no es el trabajo en sí, sino su resultado. ( )
12. Es un contrato consensual, bilateral imperfecto y de buena fe. ( )
13. Se utilizaba para la partición del patrimonio común luego de disuelta la sociedad. ( )
14. Tenía por objeto realizar una serie de negocios del mismo género. ( )

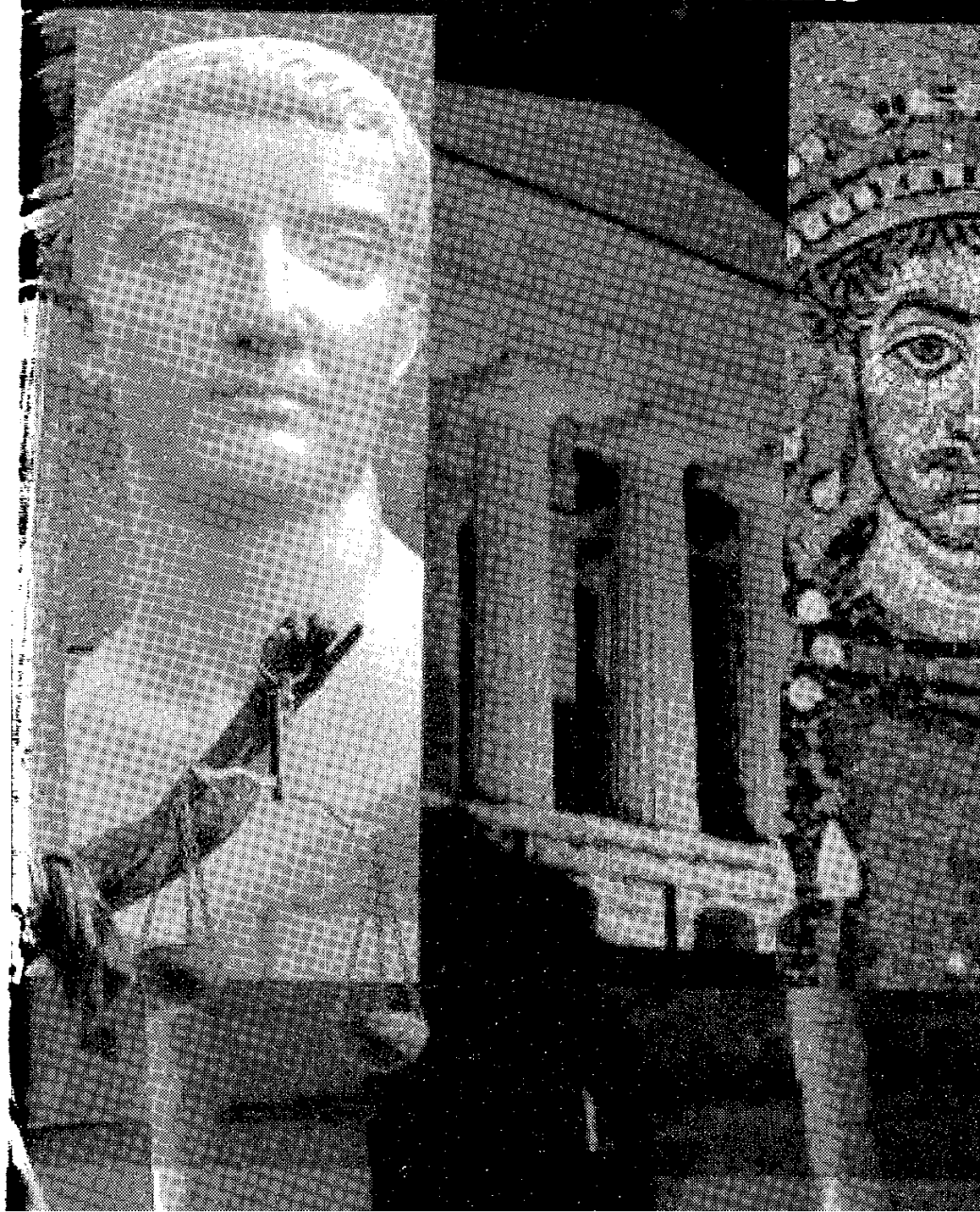
Alternativas

a) Mandato
b) Depósito
c) Mutuo
d) Comodato
e) Prenda
f) Sociedad
g) *Locatio-conductio rerum*
h) *Locatio-conductio operarum*

i) *Locatio-conductio operis*
j) *Actio familiae erciscundae*
k) Actio finium regundorum
l) *Actio communi dividundo*
m) *Actio redhibitoria*
n) *Actio ex stipulatu*
o) *Actio quanti minoris*
p) Depósito irregular
q) Depósito necesario
r) Secuestro
s) Pacto comisorio
t) Pacto de preferencia
u) Pacto de retroventa
v) Sociedad *unius rei*
w) Sociedad *alicuius negotiationis*
x) Sociedad *omnium bonorum*
y) Pacto de adjudicación a término

CAPÍTULO IX

NORMAS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y GARANTÍA DE LAS MISMAS



INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

El efecto natural de las obligaciones es compeler al deudor al cumplimiento de la prestación. Si la ejecución de la obligación se hace de manera completa y en la época en que el acreedor tiene derecho a exigirla, la deuda se extingue y el deudor queda liberado, pero puede suceder que la ejecución de la obligación se haya hecho imposible o que el deudor se haya retrasado en pagar, o que el acreedor se rehuse a recibir el pago, por lo que hay que precisar cuáles son las consecuencias de la inejecución de la obligación o del retraso en el cumplimiento de ella.

Las consecuencias de la inejecución varían según el objeto de la obligación. Si se trata de una obligación genérica, el deudor queda obligado cualquiera sea el acontecimiento que le ha impedido pagar, pero cuando el objeto es un cuerpo cierto y determinado o un hecho u omisión, habrá que investigar las causas de la inejecución.

Las causas de la inejecución de las obligaciones pueden ser tres: el caso fortuito o fuerza mayor, el dolo y la culpa.

1. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

El caso fortuito ha sido definido como un acontecimiento extraño a la voluntad del deudor, que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse.

Doctrinalmente se han establecido diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor, lo cierto es que en general la fuerza mayor aparece como un grado máximo de caso fortuito. Si este último no puede evitarse con determinada diligencia, la fuerza mayor (*vis maior*) es inevitable sea cual fuese la diligencia que se hubiera puesto.

Por ser el caso fortuito (*casus*) un acontecimiento no imputable a la voluntad del deudor, la equidad exige que el deudor no sea responsable del mismo. Sin embargo, esta regla puede ser modificada por acuerdo entre las partes, es decir, las partes pueden establecer válidamente que el deudor sea responsable incluso por caso fortuito.

2. EL DOLO

Hay dolo cuando la inejecución de la obligación proviene de un hecho u omisión imputables al deudor, quien ha tenido intención de defraudar al acreedor.

Todo deudor es responsable de las consecuencias de su dolo. Este principio es de orden público, o sea, que no puede ser derogado por convenio en contrario. El acreedor que alega que hubo dolo por parte del deudor, debe probarlo.

No es preciso hacer mayores comentarios acerca del dolo, ya que fue estudiado en la doctrina del negocio jurídico.

3. LA CULPA

Consiste en un hecho u omisión imputables al deudor, pero sin intención de perjudicar al acreedor, es decir, el deudor es culpable de negligencia, imprudencia o impericia.

La culpa, por tanto, ocupa un lugar intermedio entre el dolo y el caso fortuito, puesto que si bien el acontecimiento es imputable al deudor, no hay intención dañina como sí la hay en el dolo.

Las fuentes distinguen dos clases de culpa:

a) Culpa lata o grave: Supone una máxima negligencia en el sujeto; es como se lee en las fuentes, no entender lo que todos entienden. La culpa grave es asimilada al dolo y, por tanto, no puede ser excusada.
b) Culpa leve: Puede ser de dos tipos:
   - *Culpa levis in abstractus*: Es aquella que se compara con un modelo hipotético de un buen administrador, es decir, cuando se omite la diligencia con la que se conduce un buen *paterfamilias*.
   - *Culpa levis in concreto:* Se da cuando se adopta como criterio calificador la diligencia con la que el deudor se conduce en sus propios negocios.

LA MORA

Si el deudor no paga cuando debe hacerlo o si el acreedor no acepta el pago cuando debe recibirlo, se dice que hay mora o retraso en el cumplimiento de la obligación.

El fundamento de la mora está en la culpa, ya que si el retraso ocurre por causas no imputables al deudor o al acreedor, no se incurre en mora.

MORA DEBITORIS (MORA DEL DEUDOR)

Requisitos

Existe mora del deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el retraso se deba a culpa del deudor.

b) Que la obligación sea civil, válida y exigible. Las obligaciones naturales están excluidas de la mora y en las obligaciones condicionales o a término, es preciso que sean exigibles, o sea, que la condición se haya cumplido o que el término haya vencido.
c) Que el acreedor haya hecho en tiempo y lugar oportuno una *interpellatio*, es decir, que haya reclamado el pago. Esta interpelación no era requerida en los casos siguientes:
   - Cuando no es posible efectuarla por causas imputables al deudor, por ejemplo, que el deudor esté ausente y no haya dejado quien lo represente por negligencia o mala fe.
   - Cuando la obligación nace de un delito.
   - Cuando se trata de créditos a favor de menores.
   - Cuando se trata de legados a favor de fundaciones o instituciones religiosas.

Efectos de la mora del deudor

a) Si la cosa es un cuerpo cierto, queda a riesgo del deudor desde que incurre en mora, por tanto, el deudor es responsable incluso en caso de pérdida fortuita.
b) Si se trata de una cantidad de dinero, el deudor debe pagar intereses moratorios.
c) En relación con los frutos, se deberán tanto los percibidos como los que hubieran podido percibirse.
d) El deudor responde en general de los daños y perjuicios causados al acreedor. En el Derecho justinianeo se estableció que los daños e intereses no debían ser superiores al doble del valor de la cosa.

***MORA CREDITORIS* (MORA DEL ACREEDOR)**

Requisitos

Las condiciones para que pueda darse la mora del acreedor son las siguientes:

a) Que el acreedor retarde por dolo o culpa la ejecución de la obligación.
b) Que se hayan hecho ofrecimientos valederos, es decir, que la oferta de pago se realice por quien tenga derecho y sea capaz.
c) Que la prestación sea ofrecida íntegramente, en el tiempo y lugar convenidos.

Efectos de la mora del acreedor

a) Si la obligación es genérica, la mora del acreedor hace pasar los riesgos a su cargo.

b) El acreedor deberá reembolsar los gastos ocasionados al deudor, así como los daños y perjuicios causados al mismo.

c) El deudor no está obligado a pagar intereses.

DE LOS DAÑOS E INTERESES

Si la obligación no se cumple por alguno de los factores que se han indicado anteriormente (dolo, culpa, mora), la obligación no se extingue, sino que sigue subsistiendo, solo que el objeto ahora será la reparación económica o indemnización a que tiene derecho el acreedor (o el deudor en su caso) para restablecer el equilibrio patrimonial roto por el incumplimiento.

Esta reparación consiste en una cantidad de dinero que representa el interés del acreedor en la ejecución completa y regular de la obligación, y comprende:

a) El daño emergente (*damnum emergens*): Que es la disminución patrimonial sufrida por el acreedor a consecuencia de la inejecución.

b) El lucro cesante (*lucrum cessans*): Que serían los beneficios dejados de percibir por el acreedor.

Cláusula penal (*stipulatio poenae*)

Para determinar el monto de esta reparación, algunas veces las partes recurrían a una *stipulatio poenae* o cláusula penal, obligando al deudor a pagar una cantidad determinada en caso de incumplimiento.

A falta de esta estipulación expresa, el juez o el mismo acreedor, bajo juramento, se encargaba de fijar la cuantía de los daños, sin embargo, hay que advertir que el monto que pudiera establecer el acreedor bajo juramento no era vinculante para el juez, sino un elemento que este tomaba en consideración para determinar dicho monto. Si la obligación era en dinero, además se aplicaban intereses.

DE LA GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES

El cumplimiento de las obligaciones puede asegurarse sujetando una cosa a la acción directa del acreedor o haciendo que otra persona responda de la deuda con su propio patrimonio. En el primer caso se trata de una garantía real y en el segundo de una garantía personal.

Las garantías reales fueron ya estudiabas al tratar el capítulo referente a los derechos reales de garantía, por lo que seguidamente se analizarán las garantías personales.

ADPROMISSORES O GARANTES PERSONALES

Bajo este nombre de *adpromissores* se designaba en Roma al que se comprometía accesoriamente con el prominente principal, para garantizar al acreedor contra el riesgo de insolvencia del deudor. El procedimiento utilizado para estas cauciones fue la *stipulatio*.

En Roma existieron tres clases de *adpromissores*: los *sponsores*, los *fideipromissores* y los *fideiussores*.

Sponsores y fideipromissores

Ambos estaban sometidos a las mismas reglas pero se diferenciaban en que los *sponsores* tenían que ser ciudadano romanos y utilizaban el verbo *spondere*, mientras que los *fideipromissores* podían ser ciudadanos o extranjeros y utilizaban otros verbos diferentes.

Estos tipos de garantías se caracterizaban porque:

a) No podían servir de garantía sino a obligaciones nacidas *verbis*, puesto que, como se ha dicho, el procedimiento utilizado era la *stipulatio*.
b) Su obligación era intransmisible a los herederos.
c) Podían ser perseguidos por el estipulante, pero el que pagaba liberaba a los demás.
d) Eran deudores accesorios, por lo que no podían prometer más que el deudor principal, pero sí podían obligarse por menos.
e) Eran mandatarios del deudor principal, por lo que podían recurrir contra él cuando hubiesen pagado.

Posteriormente fueron dictadas varias leyes que modificaron la situación de los *sponsores y fideipromissores*, entre las cuales las más importantes fueron:

- La *Lex Appuleia*: Estableció que había sociedad de pleno derecho entre los *sponsores y fideipromissores*, por lo tanto, el que ha pagado puede ejercer la *actio pro socio* contra los demás a fin de exigirles la parte proporcional que pagó por ellos.
- La *Lex Furia:* Limitó la obligación de los *sponsores y fideipromisores* a dos años de duración y estableció que la deuda se dividía de pleno derecho entre todos los deudores solventes e insolventes al vencimiento de la obligación.

Fideiussores (fiadores)

Por medio de la fianza o *fideiussio* una persona se obliga a responder de una deuda ajena con su propio crédito. El fiador o *fideiussor* podía ser ciudadano o extranjero.

Los *fideiussores* se caracterizaban porque:

a) La obligación del fiador es una obligación accesoria.
b) Podía utilizarse en todo tipo de obligación, no solamente en las *verbis*.
c) La obligación del fiador debe tener el mismo objeto que la obligación principal, por lo tanto, no puede obligarse en condiciones más onerosas que el deudor principal, pero sí puede prometer menos.
d) La obligación del fiador no está limitada en su duración y es transmisible a los herederos.

Relaciones del acreedor con los fiadores

El acreedor puede exigir el pago de la deuda íntegra a aquel de los fiadores que le plazca elegir; no está obligado a dirigirse primeramente contra el deudor principal, pero la *litis contestatio* producía un efecto extintivo de la obligación y si el acreedor no lograba la satisfacción de su crédito no podía obrar ni contra el deudor principal ni contra los demás fiadores.

La posición de los fiadores fue mejorada notablemente con la creación de los siguientes beneficios:

a) **Beneficio de división:** Establecido por una Constitución de Adriano, consistía en que demandado un cofiador podía exigirle al acreedor mediante una excepción, que dividiera la deuda entre los cofiadores solventes y presentes en el momento de la *litis contestatio*.
b) **Beneficio de discusión o excusión:** Establecido por Justiniano, consistía en que el fiador podía exigir del acreedor que se dirigiera en primer término contra el deudor principal.

Relación de los fiadores con el deudor principal

Los fiadores tenían los siguientes recursos contra el deudor principal:

a) Si el fiador se ha obligado a petición del deudor, es su mandatario, por lo cual puede recurrir contra él utilizando la *actio mandati* contraria. Esta acción le era negada si había sido condenado por no haber opuesto un medio de defensa que lo hubiera absuelto de la obligación.
b) Si se había comprometido sin ser rogado por el deudor y sin saberlo este, pero no contra su voluntad, tenía la *actio negotiorum gestorum* contraria, puesto que existía entre ellos una gestión de negocios.

Relación de los fiadores entre sí

Con respecto a los demás fiadores, la situación era la siguiente:

El fiador que ha pagado no tenía ninguna acción emergente de la fianza para exigirles a los cofiadores el reembolso correspondiente, sino que la acción derivaba de la relación existente entre ellos.

Posteriormente se otorgó el *beneficio de cesión de acciones* para que el fiador perseguido por el acreedor pudiera exigir de este que le cediese todas las acciones y derechos, a fin de proceder contra los demás obligados.

Extinción de la fianza

La fianza puede extinguirse por vía de consecuencia o por vía directa:

a) **Por vía de consecuencia:** Por ser una obligación accesoria se extingue al mimo tiempo que la obligación principal. Si la causa de extinción de la obligación principal recae sobre el objeto, como el pago, los fiadores quedan liberados; pero si la causa es personal del deudor, como la *capitis deminutio*, los fiadores siguen obligados.
b) **Por vía directa:** Se puede extinguir en virtud de una causa de extinción que se realiza en la persona del fiador, como la confusión, la *capitis, deminutio*, entre otros.

CAPÍTULO IX

AUTOEVALUATIVO

I. Complete los siguientes enunciados, llenando los espacios que aparecen en blanco:

1. Si se trata de una obligación _____, el deudor queda obligado cualquiera sea el acontecimiento que le ha impedido pagar.
2. En caso de mora del acreedor, el deudor no está obligado a pagar _____.
3. Si la causa de extinción de la obligación principal recae sobre _____, como el pago, los fiadores quedan liberados.
4. _____ limitó la obligación de los *sponsores y fideipromisores* a dos años de duración.
5. Establecido por Justiniano, _____ consistía en que el fiador podía exigir del acreedor que se dirigiera en primer término contra el deudor principal.
6. Para que el deudor incurra en mora se requiere que el acreedor haya hecho en tiempo y lugar oportuno una _____, es decir, que haya reclamado el pago.

II. Coloque una V si lo considera verdadera o una F si lo cree falso, a cada uno de los siguientes enunciados:

7. El lucro cesante es la disminución patrimonial sufrida por el acreedor a consecuencia de la inejecución. ( )
8. Las partes pueden establecer válidamente que el deudor sea responsable, incluso, por caso fortuito. ( )
9. El acreedor puede exigir el pago de la deuda íntegra a aquel de los fiadores que le plazca elegir, es decir, no está obligado a dirigirse primeramente contra el deudor principal. ( )
10. La obligación del fiador no está limitada en su duración, pero no es transmisible a los herederos. ( )

CAPÍTULO X

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Siguiendo a Luis René Viso, se puede afirmar que los modos de extinción de las obligaciones son aquellos hechos jurídicos que destruyen la relación obligatoria existente entre el acreedor y el deudor, eliminando el derecho de crédito del primero y el vínculo por medio del cual aquel puede exigir la prestación.

Los modos de extinguir las obligaciones son numerosos y pueden ser objeto de múltiples divisiones. Unos están consagrados por el Derecho civil y otros por el Derecho pretoriano; unos extinguen la obligación totalmente y otros solo tienen una aplicación limitada.

En cuanto a sus efectos, los modos de extinción de las obligaciones pueden dividirse en dos grupos: modos de extinción *ipso iure* (de pleno derecho) y modos de extinción *ope exceptionis* (mediante una excepción).

DIFERENCIAS ENTRE LOS MODOS DE EXTINCIÓN *IPSO IURE* Y LOS MODOS DE EXTINCIÓN *OPE EXCEPTIONIS*

a) Los modos de extinción *ipso iure* anulan la obligación de una manera definitiva, con todas las relaciones accesorias que puedan depender de ella. En los modos *ope exceptionis*, por el contrario, la obligación puede sobrevivir con respecto a otros coobligados, así como pueden sobrevivir las obligaciones accesorias y las garantías.
b) Cuando se produce un modo de extinción de pleno derecho, el deudor queda libre de manera absoluta, mientras que cuando la obligación se extingue por vía de excepción, el deudor puede ser perseguido por el acreedor y condenado si no hace uso de la excepción.
c) La extinción de la obligación *ipso iure* produce efectos *erga omnes*, mientras que la excepción generalmente puede ser opuesta solo a ciertas personas.

MODOS DE EXTINCIÓN *IPSO IUR*

Cuando se realiza semejante causa el acreedor pierde su acción y el deudor queda liberado. Son establecidos por el Derecho civil y entre ellos se

pueden citar: el pago, la novación, la *acceptilatio*, el mutuo disentimiento, la pérdida de la cosa debida, la *capitis deminutio* y la confusión.

Seguidamente serán estudiados los más importantes entre los medios de extinción *ipso iure*:

1. EL PAGO O *SOLUTIO*

El pago consiste en la ejecución de la obligación, ya tenga por objeto una *datio* (entrega de un objeto) o un hecho u omisión del deudor. El deudor cumple con lo que está obligado a hacer y el acreedor recibe lo que le es debido.

El pago extingue la obligación de pleno derecho con todos sus accesorios, pero para que el pago produzca esos efectos es necesario que sea válido, de lo contrario la obligación no se extingue. Para que fuera válido se exigían los siguientes requisitos:

a) Si la obligación tiene por objeto una *datio*, el pago puede ser hecho no solo por el deudor, sino también por un tercero no obligado.

   En este caso el pago no es válido:

   - Si es hecho por una persona que no es propietaria de la cosa que entrega.
   - Si es realizado por una persona incapaz de enajenar.

b) Cuando la obligación tiene por objeto un hecho u omisión del deudor, son aplicables en general las mismas reglas, pero en el caso de que las partes hayan tenido presente el hecho personal del deudor por su experiencia o talento, el pago solo puede hacerse por el deudor mismo.

c) En principio, el pago solamente puede ser hecho al acreedor, pero por excepción puede ser hecho a un tercero que ha recibido mandato general o especial del acreedor para esta misión.

Objeto del pago

a) El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa distinta de la que le es debida, pero queda libre de aceptar la prestación que le ofrece el deudor, en lugar de la que constituye el objeto de la obligación. En este caso hay lo que se llama *datio in solutum* (dación en pago), o sea, cuando el acreedor recibe una cosa distinta de la que constituye el objeto de la obligación.

b) El acreedor no puede ser obligado a recibir un pago parcial, sin embargo, es libre de aceptarlo.

c) Por regla general el deudor responde íntegramente con su patrimonio de las deudas contraídas y está en la obligación de pagarlas totalmente; sin embargo, a favor de ciertas personas se creó el llamado

beneficio de competencia, mediante el cual el deudor tiene derecho a no ser condenado a pagar, sino en la medida de sus posibilidades.

2. LA NOVACIÓN

Es la extinción de una obligación por la creación de una nueva obligación que sustituye a la anterior.

Las condiciones necesarias para que haya novación son las siguientes:

a) Que se hayan empleado las formas exigidas por el Derecho civil. El procedimiento utilizado por los romanos para efectuar la novación fue la stipulatio.
b) Que la obligación nueva difiera de la anterior por un elemento nuevo. Este elemento nuevo podía estar constituido por un cambio en la naturaleza de la obligación; si la obligación que las partes quieren novar es de otra naturaleza, la novación la transforma en una obligación *verbis*. El cambio podía consistir también en la adición o supresión de un término o una condición, o en un cambio de deudor o de acreedor.
c) Que ambas obligaciones tengan el mismo objeto.
d) Que las partes hayan querido efectuar una novación (*animus novandi*).

Efectos de la novación

a) La novación extingue de pleno derecho la obligación anterior con todos sus accesorios.
b) Si el acreedor hace novación con uno de los deudores correales, los otros deudores son liberados. Del mismo modo, si uno de los acreedores correales hace novación con el deudor, extingue el derecho de los demás acreedores.

3. LA *ACCEPTILATIO*

Es una remisión de deuda hecha por el acreedor al deudor en términos solemnes. La *acceptilatio* consiste, al igual que la *stipulatio*, en una pregunta seguida de una respuesta, pero en este caso es el deudor quien interroga al acreedor, preguntándole si ya ha recibido lo que le debía.

La *acceptilatio* extingue la deuda de pleno derecho, pero es aplicable solo a las obligaciones nacidas *verbis*. Para extender su aplicación a otro tipo de obligaciones basta con transformar primero la obligación en verbal, por medio de la novación.

La *acceptilatio* tenía las siguientes características:

a) Es un pago ficticio (*immaginaria solutio*), ya que muchas veces la prestación no se había realizado.
b) Siendo la *acceptilatio* asimilada al pago, no debe tener por objeto más que la cosa debida, pero se admitió, sin embargo, que el acreedor

pudiera hacer una *acceptilatio* por una parte de la deuda, siempre y cuando el objeto fuese divisible.

c) La mujer sometida a tutela, cuando es acreedora, puede recibir el pago ella sola, pero solo puede hacer *acceptilatio* con la autorización del tutor, ya que ello implica una liberalidad.

d) El pupilo que es deudor no puede pagar válidamente sin la *auctoritas* del tutor, pero no la necesita para ser liberado por *acceptilatio*.

Efectos de la *acceptilatio*

a) La *acceptilatio* produce respeto a los fiadores y en las relaciones de los acreedores con los deudores correales el mismo efecto que el pago.

b) La *acceptilatio* servía a menudo para realizar una liberalidad, es decir, para ejecutar en provecho del deudor una donación o un legado.

4. EL MUTUO DISENTIMIENTO

Las obligaciones *solo consensu* pueden también extinguirse de la misma manera como se han creado, o sea, por la voluntad contraria de las partes contratantes.

El mutuo disentimiento obra de pleno derecho y de una manera absoluta, pero el efecto extintivo solo se produce con una condición: que el mutuo desistimiento intervenga *omnibus integris*, antes de toda ejecución, de manera que extinga simultáneamente todas las obligaciones nacidas del contrato.

5. LA CONFUSIÓN

Si un acontecimiento reúne en una sola persona las cualidades de acreedor y deudor, se dice que hay confusión, y la obligación se extingue de pleno derecho.

Generalmente, la confusión se produce por sucesión, bien sea que el acreedor herede del deudor, o viceversa, o que una persona herede a la vez del acreedor y del deudor.

MODOS DE EXTINCIÓN *OPE EXCEPTIONIS*

Estos modos de extinción procuran al deudor una excepción, gracias a la cual pueden paralizar la acción del acreedor. Tales modos son, entre otros, la compensación, el *pactum de non petendo* (pacto de no pedir) y la *litis contestatio* en ciertos casos.

1. LA COMPENSACIÓN

Tiene lugar cuando el deudor opone al acreedor un crédito que tiene a su vez contra este. En el Derecho moderno la compensación es legal y se produce de pleno derecho. En Derecho romano la compensación es judicial, tiene que ser producida por el juez.

En Roma la compensación atravesó por las siguientes etapas:

a) Derecho anterior a Marco Aurelio: En esta etapa el juez solo podía hacer compensación cuando la acción ejercida por el acreedor era de buena fe y el crédito invocado por el deudor era de la misma naturaleza. Además, ambas deudas debían ser exigibles; no se puede ser obligado a pagar antes del vencimiento.

Había dos excepciones a las reglas anteriores:

- El caso del *argentarius* o banquero, quien debía hacer compensación de lo que debía con lo que le era debido, aun en el caso de que ambas deudas tuvieran causas diferentes, pero era preciso que ambas fueran exigibles.
- El *bonorum emptor* (adquirente del patrimonio de un insolvente) puede hacer valer los créditos que forman parte de ese patrimonio, pero si persigue a una persona que es a la vez acreedora y deudora del insolvente, hay lugar a una compensación. Podía recaer incluso sobre deudas *ex dispari causa* (de causa diferente) y aun sobre deudas no vencidas.

b) Reformas de Marco Aurelio: Un rescripto de Marco Aurelio dispuso que la compensación puede ser admitida cuando el acreedor ejercita una acción de Derecho estricto, siempre y cuando el demandado opusiese la excepción de dolo. De esta forma se permitió hacer compensación de obligaciones nacidas *ex dispari causa*.

c) Reformas de Justiniano

- La compensación es admitida en todas las acciones, ya se trate de deudas de la misma causa o de causas diferentes.
- La compensación es admitida *ipso iure*, sin necesidad de que el demandado opusiere la excepción de dolo.
- Puede ser opuesta a todas las obligaciones, incluso las reales.
- El depositario perseguido en restitución del depósito no tiene derecho a oponer la compensación.
- La compensación no puede ser invocada por quienes detentan ilegalmente una cosa ajena, ni se puede oponer contra los créditos del fisco o de los municipios.

2. EL *PACTUM DE NON PETENDO*

Es un pacto de remisión, es decir, una convención por medio de la cual el acreedor se compromete a no exigir al deudor el cumplimiento de la prestación. Este pacto, por no cumplir con las formalidades de la *acceptilatio*, no extingue la obligación de pleno derecho, pero el pretor concedía sobre esta base una excepción al deudor.

CAPÍTULO X

AUTOEVALUATIVO

I. Complete los siguientes enunciados, llenando los espacios que aparecen en blanco:

1. El procedimiento más comúnmente utilizado por los romanos para efectuar una novación fue _____
2. El beneficio de _____ consiste en que el fiador puede exigirle al acreedor que se dirija primero contra el deudor principal.
3. Si un acontecimiento reúne en una sola persona las cualidades de deudor y acreedor se dice que hay _____.
4. El depositario perseguido en restitución del depósito no tiene derecho a oponer _____.
5. La *acceptilatio* extingue la deuda de pleno derecho, pero solo es aplicable a las obligaciones _____.
6. En virtud de _____ el deudor tiene derecho a no ser obligado a pagar, sino en la medida de sus posibilidades.

II. Coloque una V si lo considera verdadera o una F si lo cree falso, a cada uno de los siguientes enunciados:

7. Justiniano dispuso que la compensación podía ser opuesta a todas las acciones, menos a las acciones reales. _____
8. El *argentarius* puede oponer la compensación aunque se trate de obligaciones no exigibles. _____
9. La *acceptilatio* produce respeto a los fiadores y en las relaciones de los acreedores con los deudores correales el mismo efecto que el pago. __
10. Cuando el acreedor recibe una cosa distinta de la que constituye el objeto de la obligación se dice que hay dación en pago. ____
11. La extinción de la obligación *ope exceptionis* produce efectos *erga omnes*, igual que los modos de extinción *ipso iure*. ____
12. El pupilo que es deudor puede pagar válidamente sin la *auctoritas* del tutor, pero la necesita para ser liberado por *acceptilatio*. ____

BIBLIOGRAFÍA

ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly. *Anotaciones y comentarios de Derecho romano I*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1983.

ARANGIO RUIZ, Vicente. *Historia del Derecho romano*. Madrid, Editorial Reus, 1943.

ARIAS RAMOS, J. *Derecho romano*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Madrid, Editorial Reus, 1965.

CAMUS, E.F. *Curso de Derecho romano*. La Habana, Editorial Universidad de La Habana, 1946.

COSTA, Emilio. *Derecho romano público y privado*. Madrid, Editorial Reus, 1930.

GRATEROL ROQUE, Manuel. *Derecho romano*. Tomo I. Caracas, Editorial UCAB, 1962.

HURTADO OLIVERO, Agustín. *Lecciones de Derecho romano*. Caracas, Ediciones Justiniano, 1983.

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona, Editorial Ariel, 1968.

MIQUEL, Joan. *Curso de Derecho romano*. Barcelona, PPU, 1987.

MONTES, Ángel Cristóbal. *Curso de Derecho Romano (Derecho de Obligaciones)*. Caracas, Facultad de Derecho UCV, 1964.

NAGEL VON JESS, Kurt. *Lecciones de Derecho Romano*. Maracaibo, Astro Data, 1996.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho romano*. México, Editorial Época, 1977.

VISO, Luis René. *Derecho Romano, Derecho moderno, Derecho de familia. Jurisprudencia*. Maracaibo, LUZ, 1980.

VISO, Luis René. *Síntesis de obligaciones*. Maracaibo, LUZ, 1980.

VISO, Luis René. *Doctrina del negocio jurídico*. Maracaibo, LUZ, 1983.

ÍNDICE ALFABÉTICO

	Pág.
Acceptilatio	126
Accesión	145
Acción confesoria	160
Acción de *parto agnosando*	71
Acción de regreso	180
Acción negatoria	147
Acción publiciana	157
Acción reivindicatoria	154
Acción serviana	169
Accusatio suspecti tutoris	76
Actio comodati	197
Actio comun dividundo	76
Actio de rationibus distrahendis	76
Actio doli	117
Actio ex stipulatu	68
Actio familiae erciscundae	147
Actio fiduciae	163
Actio finium regundorum	216
Actio mandati	181
Actio pignoraticia	200
Actio praescriptis verbis	124
Actio pro socio	181
Actio quod metus causa	118
Actio rei uxoriae	68
Adopción	44
Adpromissores	223
Adrogación	44
Affectio maritalis	59
Afinidad	56
Agnación	54
Alba Longa	7
Alicuis negotiationis	42
Alieni iuris	42
Amulio	7
Animus	141
Arcadio	10
Argentarius	233
Arrendamiento de cosas	204
Arrendamiento de obra	205
Arrendamiento de servicios	205
Ascanio	233
Auctoritas	7
Augusto	9

	Pág.
Bárbaros	10
Beneficio de cesión de acciones	181
Beneficio de competencia	231
Beneficio de división	181
Beneficio de discusión o excusión	224
Beneficio de inventario	95
Bienes parafernales	233
Bonorum emptor	233
Bonorum possessio	86
Bonorum separatio	95
Capacidad de goce	31
Capacidad de ejercicio	31
Calígula	9
Capitis deminutio	43
Caput	30
Caso fortuito	219
Causae obligationum	189
Causas de esclavitud	35
Cautio usufructuaria	161
Censores	9
Chirographa	194
Civis optimo iure	41
Clientes	11
Codex accepti et expensi	194
Codicilo	98
Código justinianeo	15
Coemptio	58
Cognación	55
Commercium	31
Comicios calados	9
Comicios curiados	9
Compensación	232
Condición	33
Condiciones impropias	121
Condición del esclavo	36
Confarreatio	58
Confirmación de los negocios anulables	124
Confusión	151
Conmixtión	151
Connubium	65
Cónsules	8

Pág.

Contratos *litteris* 194
Contratos reales 195
Contratos *solo consensu* 191
Contratos *verbis* 192
Convalidación de negocios anulables .. 125
Conventio in manum 58
Conversión de los negocios nulos 125
Contubernio 73
Copropiedad 146
Corporaciones 46
Corpus 133
Corpus Iuris civilis 14
Cosas *mancipi* y *nec mancipi* 135
Cosas mueble e inmuebles 135
Cosas sagradas, santas y religiosas 133
Craso 8
Cuasicontratos 210
Cuasiposesión 143
Cuasiusufructo 162
Cuestores 7
Culpa grave 198
Culpa leve 205
Cura furiosi 77
Cura minorum 78
Cura prodigii 78

Daño emergente 222
Daños e intereses 222
Dare 118
Datio in solutum 230
Defectos ocultos 112
Defensas de la posesión 142
Depósito 197
Depósito irregular 199
Depósito necesario o miserable 198
Derecho civil 19
Derecho común 20
Derecho de gentes 73
Derecho honorario o pretoriano 16
Derechos personales o
de obligaciones 131
Derechos personales 131
Digesto 15
Divorcio 69
Disolución de la *manus* 60
Disolución del matrimonio 69
Do ut facias 191

Pág.

Dolo 116
Dominica potestas 42
Dominus 211
Donaciones *propter nuptias* 102
Dote 67

Ediles curules 8
Eneas 7
Efectos de las obligaciones
naturales 177
Efectos de las obligaciones
solidarias 180
Efectos personales
y patrimoniales del matrimonio 66
Efectos personales y patrimoniales
de la patria potestad 61
Effesum et deiectum 66
Emancipación 114
Emptio spei 201
Enfiteusis 162
Error 115
Esclavitud: Causas y efectos 35
Especificación 151
Evicción 123
Evolución histórica de Roma 109
Evolución histórica
del Derecho romano 7
Exceptio doli 91
Exceptio quod metus causa 119
Expropiación forzosa 149
Extinción de las obligaciones 229

Facio ut des 191
Facio ut facias 191
Familia *communi iure* 53
Familia *propio iure* 53
Facere o non facere 175
Fas 19
Fianza 163
Fictio Legis Cornelia 35
Fideipromissores 223
Fideiussores 223
Fiducia 163
Filiación legítima 57
Filiusfamilias 199
Foenus nauticum 197
Frutos de una cosa 137

Pág.

Fuentes de las obligaciones 189
Fuerza mayor 219
Fundaciones 47
Furtum 213

Garantía de las obligaciones 213
Gayo 19
Gens 9
Gestión de negocios 210

Honorio 11
Hurto 213

Ihering 18
Imperio romano de Occidente 11
Imperio romano de
Oriente o Bizantino 12
Impúberes próximos
a la infancia 32
Impúberes próximos
a la pubertad 32
Infamia de *iure* y de *facto* 34
Ingenuos 29
In iure cessio 96
Institutas 15
Interdictos posesorios 141
Interdicto Salviano 164
Interregnum 8
Intestabile 34
Ius 18
Ius actionis 40
Ius aureorum anulorum 39
Ius civile 16
Ius commune 20
Ius exponendi 61
Ius gentium 61
Ius honorum 31
Ius naturale 19
Ius noxae dandi 61
Ius postliminium 35
Ius singulare 20
Ius sugragii 28
Ius vitae necisque 61
Julio César 10
Jurisprudencia 15
Justas nupcias 30

Pág.

Justicia 21

Lacio 7
Latinos 41
Latinos *coloniarii* 41
Latinos junianos 42
Latinos *veteres* 41
Legado 95
Legitimación 45
Lépido 10
Ley Aelia Sentia 38
Ley Fufia Caninia 38
Lex Appuleia 223
Lex Canuleia 12
Lex Commisoria 203
Lex Furia 223
Lex Julia de Adulteriis 72
Lex Plaetoria de
Circunscriptione Adolescentium 78
Lex Poetelia Papiria 12
Ley de las XII Tablas 31
Ley Minicia 40
Libertos 38
Litis contestatio 157
Locatio-conductio 203
Lucio Junio Bruto 9
Lucio Tarquino Colatino 9
Lucro cesante 9

Mancipatio 151
Mancipium 43
Mandato 208
Manumisión 37
Manus 42
Manus iniectio 35
Marco Antonio 10
Matrimonio 63
Matrimonio de Derecho de gentes 73
Modo 97
Modos de extinción *ipso iure* 229
Modos de extinción *ope exceptionis* 229
Monarquía 8
Mora creditoris 221
Mora debitoris 220
Municipios 44
Mutuo 195

Pág.

Mutuo disentimiento 232

Natalium restitutio 39
Nerón 11
Nexum 190
Novación 231
Nomina transcriptitia 195
Novelas 15
Noxae dedictio 35
Nudo propietario 161
Numitor 7

Objeto del negocio jurídico 119
Obligaciones 173
Obligaciones civiles y naturales 176
Obligaciones
conjuntivas y alternativas 182
Obligaciones de derecho
estricto y de buena fe 175
Obligaciones divisibles e indivisibles ... 183
Obligaciones genéricas y específicas ... 182
Obligaciones mancomunadas 179
Obligaciones naturales impropias 177
Obligaciones solidarias 179
Octavio 10
Ocupación 149
Odoacro 12
Oneris ferendi 159
Operae servorum et animalium 162

Pacto comisorio 165
Pacto de adjudicación a término 203
Pacto de anticresis 165
Pacto de preferencia 203
Pacto de retroventa 203
Pactos adicionales a la compraventa ... 203
Pactum displicentiae 203
Pactum distrahendi 163
Pactum de non petendo 127
Pago o *solutio* 231
Pago de lo indebido 211
Pandectas 15
Parentesco agnaticio 55
Parentesco cognaticio 55
Paterfamilias 8
Patria potestas 42

Pág.

Patricios 12
Patronato 38
Peculio 36
Peregrinos 41
Peregrinos dediticios 41
Persona jurídica en Roma 44
Plebeyos 12
Pompeyo 10
Posesión 138
Posesión de buena fe
y de mala fe 141
Posesión natural y posesión civil
Praescriptio longi temporis 140
Praescriptio longissimi temporis 127
Praestare 175
Precario 141
Prenda 164
Préstamo marítimo 196
Pretores 8
Primer Triunvirato 10
Probatio diabólica 157
Proculeyanos 30

Quirites 145

Rea Silvia 7
Rebelión de los plebeyos 12
Remo 7
Remoción del vicio 126
República 7
Reserva mental 114
Robo o *rapina* 213
Rómulo 7
Rómulo Augústulo 12

Sabinianos 30
Sabinos 7
Savigny 139
Secuestro 199
Segundo triunvirato 10
Senadoconsulto claudiano 36
Senadoconsulto macedoniano 196
Senex 8
Servidumbres personales 160
Servidumbres prediales 158
Servus sine domino 36

Pág.

Senado ... 8
Simulación absoluta y relativa ... 114
Sociedad ... 205
Sociedades universales y particulares ... 206
Soluti retentio ... 177
Sponsio ... 192
Sponsores y fideipromissores ... 223
Status civitatis ... 34
Status familiae ... 42
Status libertatis ... 35
Stipulatio ... 192
Stipulatio poenae ... 222
Sucesión *ab intestato* ... 99
Sucesión testamentaria ... 88
Sui iuris ... 29
Suum cuique tribuere ... 21
Superficie ... 163
Sustitución de herederos ... 92
Syngrapha ... 194

Tarquino el Soberbio ... 9
Teodosio I El Grande ... 11
Tesoro ... 149
Testamentifactio ... 41
Testamento ... 88
Testamento *calatis comitiis* ... 89
Testamento *in procinctu* ... 89
Testamento nuncupativo ... 90

Pág.

Testamento *per aes et libram* ... 89
Testamento *tripertitum* ... 90
Tiberio ... 10
Traditio brevi manu ... 153
Traditio longa manu ... 152
Traditio constitutum possessorium ... 153
Trans Tiberim ... 35
Transcriptio a personam in personam ... 194
Transcriptio a re in personam ... 194
Tria praecepta iuris ... 20
Tribuno de la plebe ... 12

Ulpiano ... 19
Usucapio ... 153
Usucapio pro herede ... 154
Usurreceptio ex fiducia ... 154
Usurreceptio ex praediatura ... 154
Usufructo ... 160
Usus ... 58
Uti possidetis ... 143
Utrubi ... 143

Variae causarum figurae ... 189
Vínculo jurídico ... 175
Vindicta ... 37
Vicios conscientes e inconscientes de la voluntad ... 114

Zenón ... 12

BIBLIOTECA